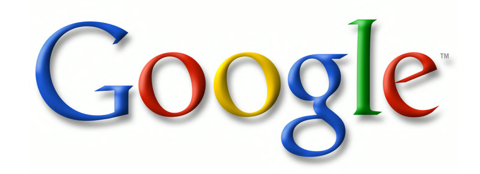
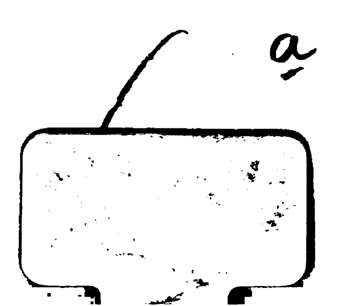
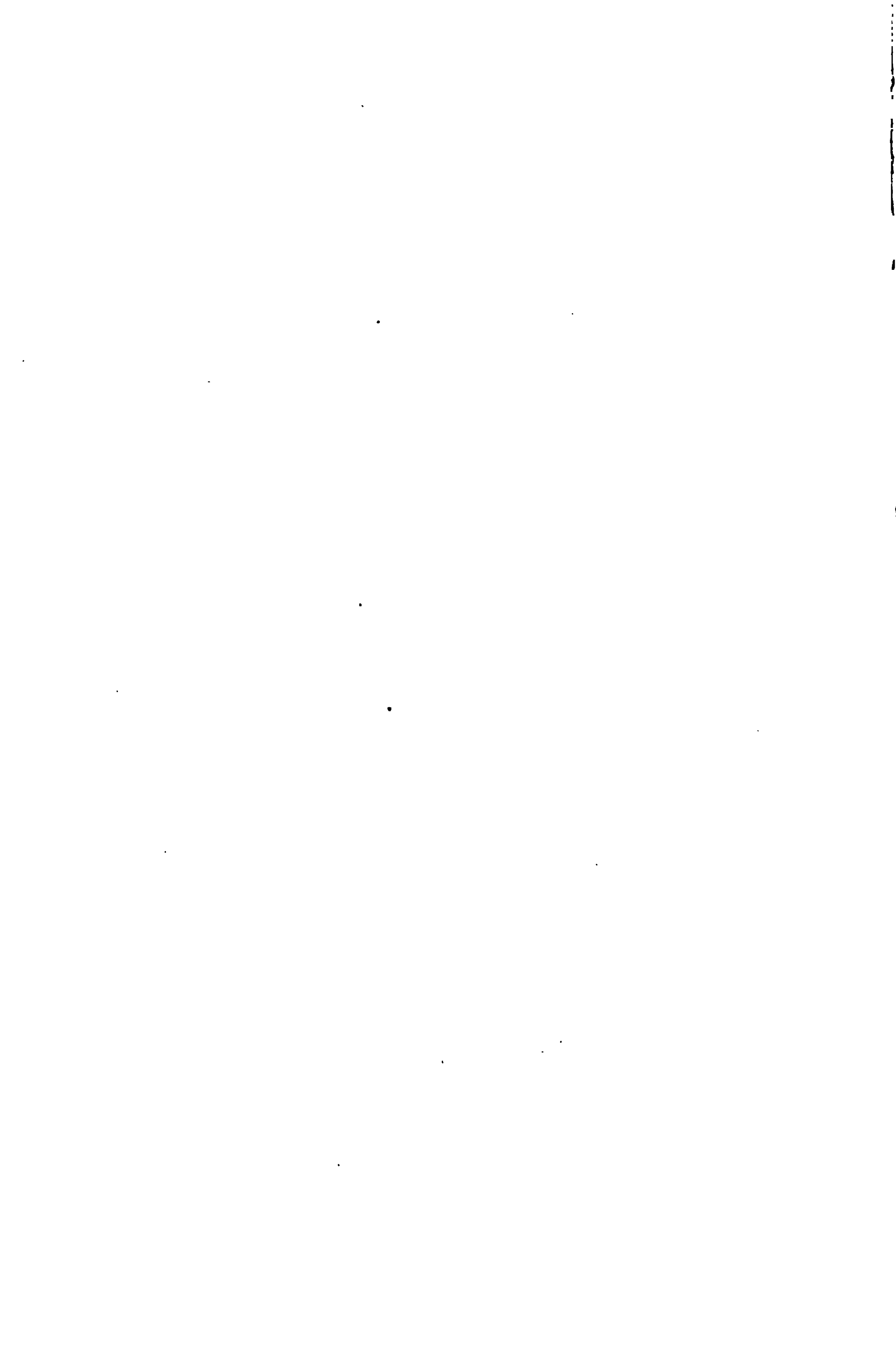





a


Juristische Mietbücherei
Buchhandlung u. Antiquariat
für Rechts- und Staatswissenschaft
von
Struppe & Winckler
Berlin W.
Potsdamer Straße 108
(Hauptgeschäft)



Rechtsfälle

zu

Puchta's Pandecten.

Für den academischen Gebrauch

zusammengestellt und bearbeitet

von

Dr. Wilhelm Girtanner,

weil. ordentlichem Professor des Civilrechts an der Universität in Kiel.

Vierte durch neue Beiträge vermehrte Auflage

nach des Verfassers Tode besorgt

von

Dr. Wilhelm Langenbeck,

ordentl. Hon.-Professor und Mitgliede des Spruchcollegii der Juristenfacultät an der Universität Jena.

Jena,

Mauke's Verlag

(Hermann Dufft).

1869.

Vorwort

zur ersten Auflage.

Daß unser heutiger Rechtszustand Manches zu wünschen übrig läßt, das kann einem unbefangenen Beobachter gewiß nicht entgehen. Welche Mängel nun auch im Einzelnen sich herausstellen mögen, so ist es doch besonders ein Mangel, der Jedem in's Auge fallen muß: das jetzt bestehende Verhältniß zwischen Theorie und Praxis.

Noch heutiges Tages können wir gewiß mit Grund bezweifeln, daß wir im Stande seien, den Plan eines Leibniz und Möser verwirklichend, deutsche Pandekten zu schaffen, d. h. eine Sammlung von rechtlichen Entscheidungen aus deutscher Praxis, die sich in der Fülle juristischen Tactes der Sammlung Justinian's an die Seite setzen ließe. Noch jetzt gilt leider, was Savigny*) vor nun acht und dreißig Jahren aussprach: Unsre Wissenschaft muß praktischer und unsre Praxis muß wissenschaftlicher werden. — Damit dies anders werde, damit unsre Praxis tieferen inneren Gehalt bekomme, bedarf unsre Wissenschaft des erfrischenden Hauchs, den nur das Leben gewähren kann.

Wir bewundern an den Römern das Ineinandergreifen der theoretischen Fortbildung und der praktischen Anwendung, wir führen darauf als auf ihre Quelle zurück die innere Gediegenheit und Vollkommenheit des Römischen Rechtsgebäudes. Nun wohl — wir können freilich diesen Rechtszustand in ganz entsprechender Weise nicht bei uns herstellen; aber, wenn uns bei anderen mangelhaften Seiten des jetzigen Rechtslebens Nichts zu thun bleibt, als auf ein Eingreifen der Gesetzgebung zu hoffen,

*) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelb., 1814 S. 217.

so können wir bei dieser selbst thätig eingreifen, wir können das beitragen, was in unsern Kräften steht und gerade an die Romanisten vor Allen läßt sich diese Anforderung stellen.

Vielleicht die günstigste Gelegenheit hierzu ist dem academischen Docenten geboten durch den Einfluß, den er auf das academische Studium ausüben kann, und mit Recht hat man darauf aufmerksam gemacht, daß hier noch Vieles geschehen könne. „Wenn ich," sagt Schrader*), „meinen Blick auf das Ganze unserer Rechtsstudien wende, so zeigt sich „mir auf eine auffallende Weise, wie weit wir von der Vortrefflichkeit der „Römer vor Allem darin zurück sind, daß die praktische Seite der„selben so wenig und so wenig gut, namentlich so wenig in innerster „Vereinigung der Wissenschaft und der praktischen Anschauung auf einan„der behandelt wird." „Dadurch**), daß wir dieses verabsäumt haben, „sind wir Sklaven des Römischen Rechts geworden, die in den Pandekten „und dem Codex Nichts als ein tyrannisches Gesetz zu erblicken im Stande „sind, statt daß wir, im Geiste der Römischen Juristen handelnd, freie „Genossen ihrer juristischen Herrlichkeit geworden wären, die mit Dank „und Verehrung die Schätze ihrer Weisheit und Erfahrung aufgenommen „hätten, ohne das, was uns zum Heile dargeboten war, zu unserem Ver„derben zu verkehren."

Darum ist es als ein Fortschritt zu bezeichnen, daß in neuerer Zeit immer mehr die Uebung in Beurtheilung praktischer Fälle theils als Gegenstand besonderer Collegien behandelt, theils mit dem Pandektenvortrage verbunden wird. Zunächst müssen diese Uebungen, besonders wenn sie conversatorisch behandelt werden, schon vom Standpuncte der academischen Methode aus, sich als höchst zweckmäßig empfehlen. Denn nicht nur, daß allein auf solche Weise der wechselseitige Verkehr zwischen Lehrer und Zuhörer herzustellen ist, wodurch es jenem möglich wird, die Bedenken und Mißverständnisse jedes Einzelnen zu beseitigen und aufzuklären — jene Uebungen sind auch an sich selbst schon wegen ihres Gegenstandes der beßte Weg zu einem wahrhaft fruchtbringenden Rechtsstudium: sie sind für den Zuhörer ein mächtiger Hebel für sein Interesse an den theoretischen Lehren und zugleich ein sicherer Prüfstein für die Klarheit

*) S. Elvers, Themis I. S. 341.

**) Dies sind Worte von Elvers a. a. O. S. 340.

seiner Begriffe und für den Umfang seiner Kenntnisse. Und was wäre geeigneter als ein concreter Fall, um den abstracten Rechtssätzen Eingang bei dem Anfänger zu verschaffen, ihn zu selbstthätigem Auffassen und Verarbeiten anzuregen und ihn zu zwingen, sich in dem umfangreichen, verwickelten Gebiete der Rechtswissenschaft zu orientiren, damit er sich ebenso systematische Uebersicht, wie Einsicht in den Organismus des Rechts aneigne *)?

Aber wir dürfen weiter gehen, wir dürfen behaupten: jene Uebungen sind nicht nur ein Weg unter vielen, die zu demselben Ziele führen, sondern sie sind der einzige Weg zu dem Ziele, das wir oben unsrer heutigen Rechtswissenschaft steckten — zu einer lebendigen und praktischen Wissenschaft.

Nun wird zwar — dieß vorausgesetzt — Niemand bestreiten, daß ein Bedürfniß gedruckter Sammlungen von geeigneten Rechtsfällen bestehe; wohl aber könnte die Frage aufgeworfen werden, ob diesem Bedürfnisse nicht schon durch die bereits im Drucke erschienenen Sammlungen, besonders durch die Jhering'sche, genügend abgeholfen sei. Darauf ließe sich zunächst schon antworten, daß gerade hier für den Docenten die größtmöglichste Mannichfaltigkeit des ihm zu Gebote stehenden Materials wünschenswerth sein müsse und daß mithin, wenigstens wie die Sachen stehen, eine Vermehrung dieses Materials nur willkommen sein könne.

Zudem aber war mir bei der Verknüpfung leichterer Fälle mit dem Vortrage der Pandekten das Bedürfniß einer streng systematisch nach dem Lehrbuche geordneten Sammlung fühlbar geworden, (ein Bedürfniß, das wohl in gleicher Weise für Examinatorien und für das Privatstudium bestehen dürfte,) und zwar besonders für den allgemeinen Theil, Besitz und Sachenrecht.

Die eigenthümliche Schwierigkeit bei diesen Rechtstheilen liegt in der Unmöglichkeit, sich rein auf die zu erläuternde Rechtslehre zu beschränken, ohne zugleich in ein anderes Gebiet hinein zu greifen. Ein aus dem Leben genommener Fall, der eine Lehre des Besitzes oder des Sachenrechts erläutern soll, wird fast immer zugleich in das Obligationenrecht hinein-

---

*) Vgl. überhaupt die trefflichen Bemerkungen von Jhering in dem Vorworte seiner „Civilrechtsfälle 1. Heft. Leipz. 1847."

spielen und wie ließe sich beim s. g. allgemeinen Theile ein Fall denken, der nicht zugleich dem besondern Theile angehörte? Und doch darf man, sofern solche Uebungen gleich mit dem Pandektenvortrage verbunden werden, dem Spätern nicht vorgreifen. So war denn also nur die Möglichkeit gegeben, lediglich solche Lehren vorauszusetzen, die schon aus dem Institutionenvortrage als bekannt angenommen werden dürfen.

Indem ich dieß als nächsten Anlaß und Zweck der vorliegenden Sammlung bezeichne, muß ich mich doch zugleich im Voraus verwahren gegen etwaige Ausstellungen, die man gerade aus dieser Feststellung unsrer Aufgabe hernehmen könnte. Auf der einen Seite nämlich sind hier Fälle aufgenommen, die für den Anfänger zu schwierig sind und daher dem angegebenen Zweck zu widersprechen scheinen. Dies rechtfertigt sich aus einer einfachen Zweckmäßigkeitsrücksicht, wonach eine solche Sammlung wo möglich nach verschiedenen Seiten hin sich als brauchbar erweisen muß, also namentlich auch durch Verbindung schwerer mit leichtern Fällen auch außerhalb des Pandektenvortrags für das s. g. Civilpracticum, für Examinatorien und für das Privatstudium. Auf der andern Seite könnte der Vorwurf der Unvollständigkeit erhoben werden. Allein es kann doch wohl schwerlich Jemand im Ernste glauben, in der Befolgung einer bestimmten Ordnung sei die Absicht ausgesprochen, zu jeder einzelnen Lehre, zu jedem Rechtssatze einen erläuternden Fall zu geben, oder glauben, daß mir dieß überhaupt nur in den Sinn gekommen sei. Nur an eine relative Vollständigkeit in dem Sinne konnte gedacht werden, daß gegenüber den bisherigen Sammlungen, die sich vorwiegend mit dem Obligationenrechte beschäftigen, hier eine gleichmäßigere Vertheilung Platz greifen sollte. Sind dann nur die Fälle so gewählt, daß sie in das Wesen eines Instituts einführen, so bilden sie von selbst schon, besonders aber in der Hand des Docenten, Anknüpfungspunkte, um auch diejenigen Lehren, die nicht unmittelbar in Frage stehen, in den Kreis der Betrachtung hereinzuziehen. —

Mit weit größerem Scheine dagegen könnte man einen Vorwurf stützen schon allein auf den Plan einer bestimmten Ordnung in der Zusammenstellung. Durch die Reihenfolge nach den Paragraphen eines Lehrbuchs, könnte man sagen, werde gerade der Hauptzweck solcher praktischen Uebungen vereitelt: — die Anregung des juristischen Tactes im Zurecht-

finden, d. h. der Fähigkeit, in einem gegebenen Falle das juristisch Relevante sofort herauszufinden. Allein bei wirklicher Anwendung dieser Sammlung wird man sich überzeugen, daß nicht nur in den hier gebotenen Fällen des Schwierigen genug vorliegt, sondern daß auch jener Zweck erreicht wird theils durch täuschende Argumentationen, theils durch eine Stellung, welche den entscheidenden Gesichtspunkt entdeckt. Denn zur Anweisung der Stellung bei einer bestimmten Lehre berechtigte schon, daß der Fall eine Anregung bot, um zu einer klaren und scharfen Auffassung der Lehre zu gelangen. Am Deutlichsten wird dieß freilich erst da bemerkbar werden, wo überhaupt jenes Orientiren seine hauptsächlichste Anwendung findet: — im Obligationenrechte.

Was die Quellen betrifft, aus denen ich schöpfte, so lieferten das meiste Material die den Studirenden wenig zugänglichen Sammlungen der von den obersten Gerichtshöfen unserer gemeinrechtlichen Länder ausgegangenen Entscheidungen, besonders neuerer Zeit, denen ich noch mehrere Fälle aus der Praxis des hiesigen Schöppenstuhls und aus mündlicher Mittheilung hinzufügte. Freilich wäre gewiß das Wünschenswertheste, wenn der Vorschlag Ihering's (a. a. O.) zur Ausführung käme und durch vereinte Mitwirkung Aller, die in der geeigneten Lage sind, eine erschöpfende Sammlung in's Leben träte. So lange dieß aber noch nicht verwirklicht ist, dürfte es vielleicht nicht unzweckmäßig erscheinen, einstweilen auch einmal dasjenige Material, welches uns in unsern gewiß reichhaltigen Sammlungen dargeboten ist, für den academischen Gebrauch fruchtbar zu machen. Am Schlusse wird ein Verzeichniß der Quellen für die einzelnen Fälle beigefügt werden, das vielleicht auch Manchem als ein Hinweis auf bemerkenswerthe Präjudicien willkommen sein dürfte.

Schließlich bemerke ich, daß ich absichtlich mich nicht bloß auf Citate beschränkt, sondern die einschlagenden Aussprüche des Römischen Rechts habe abdrucken lassen, — damit nämlich das Buch zugleich auch zu exegetischen Uebungen benutzt werden könne. Zwar möchte es sich auch für selbständige Uebungen in der Interpretation eignen, doch ging ich zunächst von der Voraussetzung aus, daß wohl auch Andre es passend finden dürften, den exegetischen Uebungen durch Verbindung derselben mit den praktischen mehr Interesse zu verleihen.

Vorrede
zur zweiten Auflage.

Die freundliche Aufnahme, die mein Buch gefunden und die schon so bald nach seinem Erscheinen diese zweite Auflage nöthig gemacht hat, mußte mir die Pflicht auferlegen, meinen Dank dafür in möglichster Verbesserung dieser Sammlung kund zu geben. So habe ich denn theils geändert, theils gestrichen, besonders aber hinzugefügt.

Namentlich glaubte ich auch, dem Buche größere Brauchbarkeit zu verleihen durch Umarbeitung des Registers zu einem Repertorium. Zugleich sollte durch möglichste Vervollständigung desselben nach alphabetischer Ordnung die Sammlung unabhängiger von Puchta's Compendium auch zu jedem andern passend gemacht werden. Sodann wollte ich derselben noch vielseitigere Brauchbarkeit verschaffen und Gelegenheit geben, ihre Lücken auszufüllen, indem ich zur Ergänzung und Vergleichung für ähnliche oder für gar nicht darin erläuterte Materien Beispiele aus den gedruckten Sammlungen praktischer Entscheidungen citirte. Von da aus aber war nur noch ein Schritt, um zugleich einem vorhandenen Mangel wenigstens nach Kräften abzuhelfen. Ich brauchte nur das gesammelte Material in der Weise ausbeuten zu lassen, daß daraus ein Repertorium der deutschen Praxis erwuchs. In demselben sollte sich die Grundlage zu dem Material finden, durch welches es vielleicht möglich wird, endlich auf der Basis positiver Nachweisungen das zur That werden zu lassen, was so oft gesagt wird von Berücksichtigung deutscher Praxis und der in ihr liegenden Fortbildung oder selbständigen Anschauung. In der Meinung, mit Rücksicht hierauf Willkommenes zu bieten, ließ ich aus meinem Material, das ich zu diesem Zwecke noch vervollständigte, ein solches Repertorium den Rechtsfällen, denen es zugleich als Register dient, anhangsweise beifügen.

Noch muß ich schließlich hierdurch öffentlich meinen aufrichtigen Dank aussprechen gegen den Herrn Ober-Appellationsgerichtsrath Etatsrath

Preußer in Kiel, sowie gegen die Herren Professoren Deurer und Ihering in Gießen für die werthvollen Beiträge, die sie mir freundlichst zu meiner Sammlung geliefert. —

Vorrede
zur dritten Auflage.

Da die Umarbeitung des Repertoriums längere Zeit in Anspruch nimmt und dadurch das Erscheinen der dritten Auflage verzögert werden da auch durch Verbindung mit demselben der Preis sehr gesteigert und die Anschaffung sehr erschwert werden würde, so erscheint diese dritte Auflage ohne Repertorium, übrigens unverändert. —

Vorrede
zur vierten Auflage.

Dem vorliegenden Werke ist seit seinem ersten Erscheinen ein solcher Beifall zu Theil geworden, daß sich nach drei starken Auflagen eine vierte erforderlich gemacht hat. Zugleich erschien es wünschenswerth und der vom Verfasser selbst in der Vorrede zur ersten Auflage geäußerten Ansicht entsprechend, die Sammlung durch neue Beiträge zu vermehren. Der Unterzeichnete hat hierzu dem abseiten der Verlagshandlung ihm zu erkennen gegebenen Wunsche gemäß gern die Hand bieten wollen und das ihm hierfür in reponirten Acten und gütiger Mittheilung befreundeter Justizbeamten gebotene Material verwandt.

Von einer Umarbeitung des Repertoriums wurde aus den in der Vorrede zur dritten Auflage angegebenen Gründen um so mehr auch jetzt abgesehn, als ein desfallsiges Verlangen sich im juristischen Publicum verhältnißmäßig gering gezeigt hat.

Uebrigens ist die laufende Zahl der einzelnen Rechtsfälle beibehalten und das Register durch Hinweisung auf die neuen Rechtsfälle vervollständigt, vielfache Verbesserungen von Druckfehlern, Citaten 2c. haben Statt gefunden, zu einer weiteren Veränderung hielt sich der Unterzeichnete, welchem die Quellen, aus denen der Verfasser schöpfte, nicht vorlagen, nicht berechtigt.

Jena, im August 1869.

Dr. **Wilhelm Langenbeck.**

Erstes Buch.

Von den Rechtsvorschriften.

§. 10—13.

I. Die beiden Brüder Andreas Krause und Michael Krause besitzen als Miteigenthümer ein von ihrem Vater ererbtes Bauerngut bei Bremen im Niedervielande. Nachdem dieses Verhältniß kaum zwei Jahre gedauert, wünschte Michael K., das Gut zu theilen und versuchte daher auf alle Weise, seinen Bruder auf gütlichem Wege zur freiwilligen Theilung zu bestimmen. Da jedoch alle diese Versuche fehlschlugen, indem Andreas sich entschieden weigerte, so klagte Michael gegen ihn auf Theilung mit der actio communi dividundo. Der Beklagte hielt der Klage vor Allem entgegen, es bestehe im Niedervielande ein Gewohnheitsrecht, zufolge dessen von mehreren Miteigenthümern eines ländlichen Grundstücks keiner gegen den Willen der andern eine Naturaltheilung verlangen dürfe. Hierüber wurden dreizehn Personen, bei denen man nach ihren Verhältnissen eine Kenntniß des in Frage stehenden Gebrauchs voraussetzen konnte, als Zeugen vernommen, die alle aussagten, daß „jene Rechtsansicht im Volke bestehe und deshalb von jeher keine Theilung anders, als mit Einwilligung aller Miteigenthümer des betreffenden Grundstücks vorgenommen werde." Vier derselben bezogen sich auch auf vier wirklich vorgekommene Fälle, wo sie selbst als Miteigenthümer eines Grundstücks eine Naturaltheilung gewünscht, jedoch in der Meinung, daß sie wider den Willen der andern dazu nicht befugt seien, nicht einmal den Versuch gemacht hätten, ihre Absicht durchzuführen. — Durch diese Aussagen erscheint dem Beklagten das Gewohnheitsrecht als vollkommen erwiesen; der Kläger dagegen hält das Resultat für ganz ungenügend zur Annahme des fraglichen Gebrauchs; denn das wesentlichste Erforderniß, die Quelle jedes Gewohnheitsrechtssatzes oder doch seine nothwendige äußere Form sei seine Uebung.

§. 9 Inst. I. 2:
Sine scripto jus venit, quod *usus* approbavit.

l. 32 §. 1 D. de legibus (I. 3):
Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur — — — nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an *rebus* ipsis et *factis?*

l. 35 eod.
Ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos *observata*.

Keiner der Zeugen aber habe nur einen einzigen Fall der Uebung erwähnt, denn als eine Uebung sei es nicht zu betrachten, wenn Jemand bei gegebener Gelegenheit es unterlasse, einen gewissen Anspruch geltend zu machen, wie dieß vier Zeugen von sich selbst ausgesagt, sondern die Uebung setze positive Handlungen voraus, also im vorliegenden Falle, daß der fragliche Anspruch auf Theilung erhoben und zurückgewiesen worden. — 2) Ueberdieß gehe aus den Aussagen hervor, daß die Landleute sich einer Abweichung vom geschriebenen Rechte gar nicht bewußt gewesen, also geglaubt hätten, das geschriebene Recht verbiete die Theilung. Mithin habe der consuetudo, wenn sie auch vorhanden wäre, ein Irrthum zu Grunde gelegen und greife daher die Bestimmung der l. 39 D. de legibus (I. 3) Platz:

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum, *in aliis similibus* non obtinet.

Beklagter entgegnet bezüglich der l. 39 cit., diese Stelle schließe lediglich die analoge Anwendung solcher Gewohnheitsrechte aus.

3) Ferner sei auch der Satz, der hier durch eine Gewohnheit rechtliche Kraft erhalten solle, wenn auch sonst die Erfordernisse einer Recht erzeugenden consuetudo vorhanden wären, doch deshalb unfähig, zu einem rechtlich geltenden zu werden, weil er gegen die Natur des Gemeinschaftsverhältnisses verstoße, also vernunftwidrig sei, wie dieß auch ausgesprochen sei in:

l. 14 §. 2 D. comm. div. (10. 3):
Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est.

4) Endlich würde auch wegen dieser Bestimmung des Römischen Rechts die consuetudo, wenn sie wirklich erwiesen wäre, eine consuetudo contra legem sein (vgl. S. 4 f.).

II. Der Meier Aumann zu Bernsdorf im Württembergischen klagte gegen die königl. Staatsfinanzverwaltung auf Lieferung seines Holzbedarfes zu einem von ihm beabsichtigten Bau, gegen Entrichtung eines Drittels der Forsttaxe. Er beruft sich deshalb auf einen Vertrag vom J. 1558, durch welchen allen Einwohnern Bernsdorf's das Recht eingeräumt war, das zu Gebäuden nöthige Holz für die bezeichnete niedrigere Taxe aus dem benachbarten königl. Forste zu beziehen. Im Widerspruche mit diesem Vertrage werde ihm jetzt die Hälfte der ordentlichen Taxe abgefordert. Die Beklagte gestand zwar zu, daß ein Vertrag des angegebenen Inhalts a. 1558 geschlossen worden, behauptete aber eine Abänderung desselben durch Herkommen, da seit 1813 bei verschiedenen Gelegenheiten Bewohner des Dorfs B. ihren Bedarf mit der halben ordentlichen Taxe bezahlt hätten und führte zugleich mehr als zwölf derartiger einzelner Fälle auf. Der Kläger wendete hiergegen ein, es würde durch den Beweis, daß in jenen Fällen von dem Vertrage abgewichen sei, noch keineswegs

das behauptete Gewohnheitsrecht dargethan werden, denn es gehöre zum Beweise eines solchen, daß es von allen Personen, auf die es Anwendung finden solle, als Recht betrachtet werde, nicht bloß von der Mehrzahl und außerdem hätten die angeführten Fälle auf einem Irrthume beruht, weil im Jahre 1813 durch die französische Invasion der Vertrag von 1558 abhanden gekommen und erst neuerdings wieder aufgefunden sei. Gegen den ersten dieser Einwände bemerkte die Beklagte, zu Begründung eines Gewohnheitsrechtes genüge, wenn es nur in vielen Fällen beobachtet worden (c. 1 Cod. VIII 53: quae in oppido *frequenter* servata sunt). —

Kommt es bei Entscheidung dieses Falles auf die Lehre vom Gewohnheitsrechte und von dessen Entstehung an?

III. Als über das Vermögen des Gutsbesitzers L. der Concurs eröffnet ward, dessen Leitung dem Amte O. übertragen wurde, bat das Amt U., es möge aus der Masse zuvor der Betrag von 223 Thalern 14 Gr. 9 Pf. als Proceß- und andere gerichtliche Kosten, welche L. dem Amte U. schulde, ausgezahlt werden. Das Amt berief sich dabei auf die seit alter Zeit bestehende Observanz, daß bei allen vor dem Amte U. verhandelten Concursen derartige Kosten stets als Concurskosten betrachtet und daher aus der Concursmasse vorzugsweise berichtigt worden wären. Diese Behauptung wurde durch die in 30 verschiedenen, vor dem Amte U. verhandelten Concursen seit 1802 ergangenen Acten belegt. Die Gläubiger L's protestirten hiergegen, weil die angebliche Observanz als Mißbrauch anzusehen und keiner Beachtung werth sei.

In dem deshalb zwischen der Amtssportelcasse zu U. eines und den L'schen Gläubigern andern Theils eingeleiteten Verfahren wurde in erster Instanz die Amtssportelcasse mit ihrem Anspruche auf Bevorzugung abgewiesen und erst in die 5. Klasse gesetzt. Die angeführte Observanz, hieß es in den Entscheidungsgründen, solle im vorliegenden Falle nicht zur Begründung eines Rechtssatzes, sondern des Rechtes eines Einzelnen, des Amtes U., dienen, es handle sich also hier gar nicht um ein Gewohnheitsrecht und dessen Erfordernisse, sondern um Verjährung, wodurch Privatrechte Einzelner erworben würden. Da aber in diesem Falle ein Titel als Anfang der Verjährung fehle, so hätte das Amt sich auf unvordenkliche Verjährung berufen müssen, nicht auf einen erst seit 1802 bestehenden Gebrauch.

In zweiter Instanz wurde zwar anerkannt, daß es sich hier nicht um jura singulorum, sondern um einen Rechtssatz handle, so daß von dieser Seite her der Geltung einer solchen Observanz als particuläres Gewohnheitsrecht Nichts im Wege stände, es wurde aber dessenungeachtet das erste Erkenntniß bestätigt, weil die erwähnte Observanz 1) als eine offenbare consuetudo erronea et irrationabilis erscheine. Wenn nämlich die Kosten, welche durch die Verwaltung der Concursmasse herbeigeführt werden, billiger Weise eines Vorzugs sich zu erfreuen haben, so lasse sich doch kein nur einigermaßen haltbarer und vernünftiger Grund denken,

aus welchem auch andere, mit dem Concurs als solchem in gar keiner Verbindung stehende, längst vorher beizutreiben gewesene Verschreibungsgebühren und sonstige Gerichtskosten zum offenbaren Nachtheil der Concursgläubiger gleichfalls mit einem so ausgezeichneten Vorzug versehen werden sollten. Bei einer so vernunftwidrigen Gewohnheit lasse sich die wesentliche Voraussetzung einer jeden Gewohnheit, die stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers, nicht annehmen. „Hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Recht.“

l. 2 Cod. quae s. l. cons. (8. 53):

Consuetudinis ususque longaevi non est vilis auctoritas, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.

Nov. 134. c. 1 (V. Homb.):

Neque consuetudines nominent, aut quaerant, quas forte aliqui antecessorum ad luctum suum injuste excogitarunt. *Quae enim male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus.*

2) Die gesetzlichen Bestimmungen über das Rangverhältniß der Gläubiger unter einander seien Prohibitivgesetze. Mit diesem Ausdrucke bezeichne man bekanntlich den Gegensatz der s. g. Dispositivgesetze, welche letztere insofern gelten, als der Gegenstand derselben in einem gegebenen Fall nicht durch Privatwillkür von den Subjecten des Rechtsverhältnisses bestimmt ist. Nun sei es aber offenbar, daß der Rang, welcher einer Forderung im Concurse zukommen solle, durch Uebereinkunft des Schuldners mit dem einzelnen Gläubiger nicht auf eine abweichende Art bestimmt werden könne, sofern dadurch die Lage der anderen Gläubiger verschlimmert würde.

Wenn sonach die Rangordnung der Gläubiger hier auf einem Prohibitivgesetze beruhe, so sei damit auch die Frage nach der Beurtheilung der angeführten Observanz, wollte man auch von ihrer Vernunftwidrigkeii ganz absehen, beantwortet, denn ein Prohibitivgesetz könne durch spätere entgegengesetzte Gewohnheit nicht aufgehoben oder abgeändert werden. Zwar heiße es in l. 32 §. 1 D. de legibus (I. 3):

Rectissime et illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur;

allein diese Stelle habe nur historischen Werth, sofern darin noch die ältere demokratische Theorie, nach welcher die verbindende Kraft der Gewohnheit in dem factisch erklärten Willen des souveränen Volkes (tacito consensu omnium) gesucht wurde, von dem unter Hadrian lebenden Juristen Julianus vorgetragen werde. Diese Theorie sei später, als mit dem monarchischen Princip unverträglich, verworfen worden; gerade darauf sei auch die schon oben angeführte Constitution vom Kaiser Constantinus gerichtet gewesen.

l. 2 C. 8, 53:

Consuetudinis — — auctoritas — — non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Diese Vorschrift sei zwar richtiger auf Prohibitivgesetze zu beschränken, aber gerade um ein solches handle es sich hier.

3) Selbst nach der erwähnten demokratischen Theorie, wonach die Gesetzeskraft eines Gewohnheitsrechts auf der ihr zu Grunde liegenden Volksansicht beruhen solle nnd dem Gesetze in seiner Wirkung gleichgestellt würde, könne die hier in Frage stehende Observanz nicht als ein rechtlich bindendes Gewohnheitsrecht anerkannt werden, denn Niemand werde wohl behaupten, daß das Vorrecht der Beamten, die Befriedigung der Sportelrückstände auf Kosten der übrigen Gläubiger zu verlangen, aus einer Volksansicht hervorgegangen sei.

Die Amtssportelcasse läßt jedoch den Muth noch nicht sinken, sondern will noch an die dritte Instanz gehen. Sie glaubt die Begründung des letzten Erkenntnisses als unhaltbar darstellen zu können, denn zu

1) sei es keineswegs vernunftwidrig, daß die Beamten, die nur unbedeutenden fixen Gehalt bezögen, einen Vorzug im Concurse genössen, sonst würden die Beamten das Opfer ihrer Milde und Menschenfreundlichkeit werden, weil sie die sofortige Eintreibung der Gerichtssporteln nur wegen der Härte, die häufig darin liegen würde, unterließen; zu

2) der richtigen Ansicht nach könnten auch Prohibitivgesetze durch desuetudo aufgehoben werden. Die angef. c. 2 sei zu verstehen entweder von einem künftige entgegenstehende Gewohnheiten verbietenden Gesetze oder von einem frühern Gewohnheitsrechte im Verhältniß zu einem spätern Gesetze, wonach das Gewicht auf den Worten: *sui momento* liegen würde.

IIIa. Der Müller X. besitzt eigenthümlich ein vor dem Dorfe A. belegenes Grundstück, worauf seine Mühle steht und über welches ein Fahrweg in das genannte Dorf führt. Die Bewohner des 1/4 Stunde entfernten Dorfes B. begehen diesen Weg häufig, um nach A. zu gelangen, wohin außerdem auch eine Chaussee führt. Der Müller verschloß aber jenen Weg durch eine vor der nach B. zu gelegenen Seite seines Grundstücks angebrachte Barriere und machte dadurch den Uebergang unmöglich. In Folge dessen klagten 5 Einwohner von B., unter denen keiner mit Grundstücken angesessen ist, gegen ihn auf Gestattung ungehinderter Benutzung des Wegs zu dem vorbemerkten Zwecke, und bemerkten in der Klage, daß ihnen der Uebergang theils als Servitut, theils kraft bestehender Observanz erlaubt sei, indem Jedem, der vom Dorfe B. nach A. zu gehen beabsichtige, freistehe, sich des über das Grundstück des Beklagten führenden Wegs zu bedienen.

Beklagter bestritt „die Möglichkeit der Servitut auf Seiten der Kläger als mit Grundstücken nicht angesessener Personen, denen es also an einem praedium dominans mangle", leugnete auch das Bestehen der Observanz. Er behauptete, daß letztere in Fällen der vorliegenden Art überhaupt rechtlich nicht denkbar sei, denn die im Begriffe des Eigenthums liegende Befugniß, jeden Dritten von dem Gegenstande desselben auszuschließen (im vorliegenden Falle an dem Uebergange über das Grund-

stück zu hindern), könne allenfalls durch Gesetz oder einen privatrechtlichen Titel (Vertrag, Verjährung rc.) aufgehoben oder beschränkt werden, nicht aber durch ein Gewohnheitsrecht (Thibaut, Pand. §. 17 und die Citate daselbst in not. h — k.). Davon abgesehn, würde die behauptete Observanz eine deshalb rechtlich nicht mögliche sein, weil es auf etwas Unsittliches hinauslaufe, von Jemandem zu verlangen, daß er sein Eigenthum Jedem Preis gebe, während der über des Beklagten Grundstück führende Weg ein nur zu seinem Gebrauche dienender Privatweg sei (Nov. 134 c. 1 in f. c. 10 u. 11 X. 1. 4.). Wollte man aber auch anderer Ansicht sein, so könnte man doch nicht einzelne Personen auf Grund der angeblichen Servitut oder Observanz zu klagen berechtigt halten, sondern mindestens hätten sich alle Bewohner des Dorfes B. vereinigen, oder die Gemeinde B. als solche klagen müssen.

Kläger beriefen sich dann noch auf L. 1 §. ult. D. 39, 3. L. 13 §. 1 D. 8. 4 und c. 1 C. 3. 34, aus welchen nicht blos hervorgehe, daß in Fällen der vorliegenden Art die consuetudo als Grund des in Anspruch genommenen Rechts zureiche und gleichsam die Stelle einer Servitut vertrete, sondern daß auch Einer allein als Kläger auftreten könne, was um so weniger zweifelhaft erscheine, wenn man bedenke, daß im vorliegenden Falle die actio injuriarum eine paßliche Klage sei. (Puchta, Pand. §. 387. L. 2 § 9 D. 43, 8.) Von einer Unsittlichkeit der hier fraglichen Observanz sei gewiß nicht zu reden, denn mit gleichem Grunde würde man gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen oder auf Vertrag oder Verjährung beruhende unsittliche nennen können, während doch Beklagter deren rechtliche Möglichkeit selbst zugestehe.

Das Gericht hat die Klage, soweit sie auf eine Servitut gestützt, als unzulässig verworfen, dieselbe aber auf Grund der Observanz, deren Beweis verlangend, zugelassen. War diese Entscheidung richtig?

Behuf Constatirung der angeblichen Observanz sind dann 39 Personen vernommen, welche mit Ausnahme von 5 der Dorfschaft A. angehören, während diese 5 in B. wohnen. Jede einzelne sagte bis auf 3 aus, daß sie zu beliebigen Zeiten ungehindert innerhalb der letzten 9 Jahre über das Grundstück des Beklagten den Weg von A. nach B. und umgekehrt von B. nach A. genommen, solches für erlaubt gehalten und nie verheimlicht habe. Ueberall im Publicum höre man, daß solches gestattet sei, wann aber speciell von ihnen selbst oder von Andern der fragliche Weg benutzt, darüber können die vernommenen Personen nähere Angaben nicht machen, versichern übrigens, jedenfalls haben außer ihnen noch viele Andere, die sie aber nicht benennen können, bona fide den Weg über das Grundstück genommen.

Die gedachten 3 Auskunftspersonen wohnen in A. und geben an, daß sie zwar in den letzten 4 Jahren den Weg auch ungehindert gegangen seien, „daß ihnen indeß doch wohl dabei der Gedanke gekommen sei, ob der Müller X. dieses zu dulden brauche."

Beklagter meint nun, die fragliche Observanz sei nicht constatirt. Die von verhältnißmäßig wenigen Personen vorgenommene Begehung des fraglichen Wegs innerhalb eines Zeitraums von nur 9 Jahren könne

„keine rechtsverbindliche consuetudo begründen", auch seien keine actus publici ermittelt, denn was jede der abgehörten Personen für sich gethan, könne für einen solchen Act nicht gelten. Noch weniger könne opinio publica daraus gefolgert werden, zumal 3 Personen ihren Zweifel an den Tag gelegt haben. Was die abgehörten Personen endlich bezüglich Dritter ausgesagt, verdiene gar keine Beachtung, es laute zu unbestimmt, insonderheit sei die Behauptung, daß jene in bona fide gehandelt, mit gar nichts motivirt.

Will man nun mit dem erkennenden Gerichte annehmen, daß die Klage an sich rechtlich begründet sei, so würde noch zu entscheiden sein, ob die Observanz selbst constatirt ist.

---

§. 14 — 15 (18).

IV. In den auf einer deutschen Universität geltenden „Gesetzen für Studirende" bestimmt §. 11: „Studirende sind fähig, alle Verträge, die auf ihren academischen Aufenthalt Beziehung haben, auch wenn sie noch nicht volljährig oder sui juris sind, gültiger Weise abzuschließen, jedoch unter den in den nachstehenden Artikeln enthaltenen Einschränkungen." Darauf heißt es weiter in §. 12: „Alle von Studirenden während ihres Aufenthalts auf der hiesigen Universität hieselbst contrahirten Schulden — insbesondere Wechsel- und Spielschulden — sind für ungültig anzusehen." Davon sollen einige Arten von Schulden, die besonders aufgezählt sind, eine Ausnahme machen, besonders solche, die nothwendige Lebensbedürfnisse betreffen. Auf diese in §. 12 enthaltene Bestimmung berief sich Dr. Wilfram in D., als er im Jahre 1846 von der Direction der R.-W. Eisenbahn auf Einzahlung eines Zehntels vom Nominalbetrage der von ihm gezeichneten 100 Actien belangt wurde. Er war zur Zeit seiner Einzeichnung auf der erwähnten Universität inscribirt gewesen und hatte nach den von ihm vorgelegten Zeugnissen in jenem Jahre philosophische Vorlesungen auf derselben gehört. — Die Direction ihrerseits behauptete, §. 12 sei im Zusammenhange mit §. 11 nur von Verträgen, die auf den academischen Aufenthalt Bezug haben, zu verstehen. Es würde ja auch höchst ungerecht sein, den Studirenden die Möglichkeit zu geben, durch Actien-Speculationen Gewinn zu machen, ohne sich dem mindesten Risico auszusetzen. Der Beklagte erwiderte hierauf, wie verfehlt die Interpretation der Gegenpartei sei, brauche kaum hervorgehoben zu werden, denn §. 11 stehe seiner, des Beklagten, Auslegung von §. 12 so wenig entgegen, daß diese vielmehr dadurch bestätigt werde und der behauptete Satz, daß seine Einzeichnung unverbindlich gewesen, schon aus §. 11 allein hergeleitet werden könne. Indem es nämlich dort heiße: „Studirende sind fähig, alle Verträge, die auf ihren academischen Aufenthalt Beziehung haben, gültiger Weise abzuschließen," seien die Studirenden eben dadurch stillschweigend per argum. a contrario für unfähig zum Abschluß aller andern Verträge erklärt, wie u. A. zur Zeichnung von Actien, da eine solche keine Beziehung auf den academischen Aufenthalt habe. —

VI. Der Lotterie=Collecteur Würfel in Hannover wurde im Jahre 1828 von einem seiner Kunden, dem Lieutenant R. auf Auslieferung des Gewinns zweier Loose der 3. Classe der in Hannover erlaubten Preußischen Lotterie verklagt, deren Renovation ihm Beklagter nicht, wie er schuldig gewesen, angetragen. Der Kläger bezog sich für seinen Anspruch auf §. 4 der Verordnung vom 19. April 1819 über das Lotteriewesen im Königreich Hannover, wo es heißt: daß derjenige Collecteur, welcher seinen wirklichen Kundleuten die Loose zu bringen oder zuzusenden pflegt und solches einmal (für eine Klasse) ohne desfallsigen Vorbehalt gethan hat, auch in der Folge dieses zu thun und dem Spielenden das Loos zur Renovation anzutragen schuldig sei." Der Beklagte entgegnete, er würde die Loose schon längst dem Kläger zur Renovation angetragen haben, wenn dieser nicht noch mit dem Betrage der beiden vorhergehenden Klassen im Rückstande sei. Für diesen Fall aber sei er von der im §. 4 enthaltenen Verpflichtung befreit durch §. 6 jener Verordnung, wo nämlich dem Collecteur bei Verlust seines Klagerechts untersagt ist, demselben Spieler weiter, als auf zwei nach einander folgende Klassen zu creditiren. Wider diese Auslegung machte der Beklagte geltend, es könne doch gewiß nicht in eine Bestimmung, die den Zweck habe, dem Collecteur ein Recht für einen gewissen Fall zu entziehen, der Sinn hineingetragen werden, es solle dem Collecteur gerade für diesen Fall ein Recht oder die Befreiung von einer Verpflichtung verliehen werden. Ueberhaupt gehe der ganze Zweck und die Absicht jener Verordnung auf möglichste Sicherung des Spielers und möglichste Beschränkung des Collecteurs. — Das Gericht verurtheilte den Beklagten dem Klageantrage gemäß. Der Beklagte bat um ein Gutachten, ob er mit Aussicht auf Erfolg an die zweite Instanz gehen könne. Die Frage sei ihm nicht allein für diesen Fall, sondern namentlich für künftig vorkommende Fälle von großer Wichtigkeit. Wie war ihm zu antworten?

[illegible]

§. 17.

VI. Die Tischler=Zunft der Stadt B. klagt gegen K., weil derselbe auf dem letzten Jahrmarkte ein Lager von auswärts eingebrachten Tischlerwaaren gehalten und verkauft habe. Der Beklagte entgegnet, das Privilegium der klagenden Zunft beziehe sich nicht auf die Zeit während des Jahrmarkts; es war auch in einer Verordnung v. J. 1730, durch welche das Einbringen solcher Waaren, auf welche die Tischlerzunft privilegirt war, verboten worden, dabei die Beschränkung hinzugefügt:

„das Freimarkt ausgenommen."

Die klagende Zunft hingegen stützt sich auf ein späteres Gesetz, nämlich auf den ersten Artikel ihrer Amtsrolle von 1838, wodurch die Tischlerzunft ausschließlich privilegirt wird, im Umfange der Stadt und der Vorstädte mit neuer Tischlerarbeit zu handeln — ganz allgemein, ohne einer Beschränkung hinsichtlich des Jahrmarkts zu gedenken. Dadurch aber

sei die frühere Beschränkung wieder aufgehoben, eben weil diese in dem späteren Gesetze nicht besonders erwähnt sei.

VII. Der Uhrmacher Vetter aus Freiberg, welcher sich Familienrücksichten halber nach Leipzig gewendet hatte, suchte bei der dasigen Uhrmacherinnung um Aufnahme nach und zwar ohne Fertigung eines anderen Meisterstücks, lediglich gegen Entrichtung der Hälfte der Meistergebühren — laut §. 11 Cap. III. der Generalinnungsartikel vom 8. Januar 1780. Die Innung weigerte sich dessen, verlangte vielmehr, daß Vetter erst noch das in Sachsen und in der dresdner wie in der leipziger Uhrmacherinnung eingeführte Probestück fertige, bestehend in einer Taschenuhr mit Repetition, welche mit Ancre, Duplex oder Cylindre Echappement versehen ist. Sie beruft sich dafür auf ihre confirmirten Specialinnungsartikel von 1779 Art. 10, wonach ein fremder Uhrmacher, der nach Leipzig ziehen will, beizubringen hat, daß er schon ein Probestück der Art, wie es hier vorgeschrieben, gefertigt habe oder, wenn er ein leichteres gemacht, seine Geschicklichkeit in Ausarbeitung eines hier gewöhnlichen künstlichern Stücks an den Tag legen muß.

Vetter sieht sich hierdurch genöthigt, gegen die Innung zu klagen.

In seiner Klage begegnet er einem etwaigen, aus dem erwähnten Art. 10 zu entlehnenden Einwande durch die Bemerkung, diese Bestimmung der Spezialinnungsartikel von 1779 sei durch die Generalinnungsartikel von 1780 aufgehoben, welche bestimmt gewesen waren, alle abweichenden Artikel einzelner Innungen außer Wirksamkeit zu setzen. Danach soll die Fertigung eines neuen Meisterstücks nur den aus kleinen Orten in große Städte übersiedelnden Meistern auferlegt werden. Freiberg sei aber im Verhältniß zu Leipzig keine kleine Stadt. Die Beklagte begnügt sich als Entgegnung auf den bekannten Satz hinzuweisen, daß eine specielle Rechtsbestimmung nicht durch ein späteres generelles Gesetz aufgehoben werde:

l. 80 D. de R. J.:

In toto jure generi per speciem derogatur et *illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.*

Zweites Buch.

Von den Rechtsverhältnissen.

Erstes Capitel. Die Personen.

§. 23.

S. unten zu §. 51 und §. 62.

§. 25—28.

VIII. Die Gemeinde Förtha im Großherzogthum Weimar bestand bis zum Jahre 1840 aus einer weitern und einer engern Gemeinde. Nur die letztere war bei Gemeindeangelegenheiten stimmberechtigt und nur aus dieser wurde der Gemeindevorstand gewählt. Diese engere Gemeinde bestand aus neun und zwanzig Gemeindetheilberechtigten, den s. g. Neunundzwanzigern, deren Berechtigungen an das Eigenthum bestimmter Häuser als Pertinenz derselben geknüpft war. Unter diese Neunundzwanziger wurde auch der Ueberschuß des aus dem s. g. Gemeindewalde gewonnenen Ertrags, nachdem gewisse Bedürfnisse und Ausgaben der Gemeinde davon bestritten worden, zu gleichen Theilen vertheilt.

Die Ausgaben und Einnahmen dieses Gemeindewaldes wurden in den Gemeinderechnungen mit verrechnet bis zum Jahre 1840. Durch die am 2. Februar dieses Jahres (1840) eingeführte Landgemeindeordnung bekamen auch die übrigen Ortseingesessenen das volle Ortsnachbarrecht, also namentlich auch Stimmberechtigung und mehrere von ihnen wurden in den Gemeindevorstand gewählt. Die Gesammtanzahl der Gemeindeglieder stieg dadurch auf 54; unter diesen entstand aber hinsichtlich des erwähnten Gemeindewaldes Streit, indem denselben die Neunundzwanziger als ihr Privateigenthum, die übrigen 25 Mitglieder als Gemeindeeigenthum beanspruchten.

Da die Verhandlungen im Administrativwege zu keinem Verständniß führten, so stellten die 25 hinzukommenden Mitglieder eine Klage gegen die Neunundzwanziger an, indem sie zu erkennen baten, daß der fragliche Wald der Gemeinde Förtha eigenthümlich zustehe, daher Beklagte sich der Benutzung, soweit diese zur Bestreitung der Gemeindelasten erforderlich, zu enthalten oder wenigstens den Abwurf der Waldung, soweit er zur Bestreitung der Gemeindeausgaben erforderlich, der Gemeindecasse zu überlassen schuldig seien. Dabei wurde zur Begründung näher angeführt, daß seit Menschengedenken aus dem Ertrage jenes Waldes die Bedürfnisse und Ausgaben der Gemeinde bestritten,

dagegen aber auch Försterbesoldung, Holzmacherlohn und Culturkosten des Waldes aus des Gemeindecasse bezahlt worden seien. Die Klage war im Namen der Gemeinde F. angestellt, allein die Vollmacht des klagenden Anwalts war nur von 25 einzelnen Gemeindegliedern unterschrieben — doch ging dieselbe auf Wahrung „der Rechte der Gemeinde."

Die Beklagten bestritten zunächst die von den Klägern behauptete Eigenschaft des fraglichen Waldes als Gemeindeeigenthum; derselbe sei von jeher Privateigenthum der Neunundzwanziger gewesen und nur aus Freigebigkeit der letzteren seien auch Gemeindeausgaben aus dem Walde bestritten worden. Gemeindesachen und Sachen der Neunundzwanziger seien überhaupt nicht streng geschieden worden, so lange jene allein die engere, d. h. berechtigte Gemeinde gebildet und aus ihnen der Gemeindevorstand ausschließlich gewählt worden. Sie verlangten aber, daß, ganz abgesehen von einem etwaigen Beweise dieser oder der klägerischen Behauptungen, die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werde, weil sie im Namen der Gemeinde F. erhoben, die Vollmacht aber nicht vom Gemeindevorstand unterzeichnet, auch kein Gemeindevorstandsbeschluß auf Klagerhebung gefaßt sei; ein solcher würde auch, so lange die Verhältnisse dieselben blieben, nicht erfolgen, weil die Mehrzahl der Ortsvorsteher zu den Neunundzwanzigern, also zu den Beklagten gehören.

Die Klage wird hierauf, diesem Antrage der Beklagten gemäß, angebrachtermaßen abgewiesen. Unter diesen Umständen bitten die Kläger um ein Gutachten, wie sie ihren Anspruch am Besten verfolgen könnten und ob sie mit Aussicht auf Erfolg an die zweite Instanz gehen könnten. Es dürften doch unmöglich Rechte einer Gemeinde deßhalb ganz ohne Vertretung bleiben und nicht zur Geltung kommen, weil die Mehrzahl der Vorstandsmitglieder zu den Proceßgegnern der Gemeinde, d. h. zu den Personen gehören, deren Interesse mit dem der Gemeinde in Conflict sei. Es müsse ein Mittel geben, die Rechte der Gemeinde gegen die Vorstandsmitglieder selbst geltend zu machen. Wenn auch in der Regel der Wille der juristischen Person aus dem Willen der Mehrzahl seiner einzelnen Mitglieder gefunden würde, so sollten doch dabei diejenigen Mitglieder nicht mitgezählt werden, um deren Privatrechte dem Rechte der Corporation gegenüber es sich eben handle. Ob sie vielleicht, um einen Ausweg zu finden, das Aufsichtsrecht des Staates anrufen dürften?

Zugleich wünschen sie für den Fall, daß die Gemeinde als solche Proceßkosten zahlen müßte, zu wissen, ob dann auch die beklagten Neunundzwanziger zum Beitrage verpflichtet seien?

IX. Der Physikus Dr. Sulzberger in Salzungen errichtete im J. 1803, nachdem sein einziger Sohn gestorben, ein Testament, worin er seine Ehefrau zur Universalerbin ernannte, dabei aber folgendes Fideicommiß aussetzte: Acht und ein sechstel Körbe Salzwerk und der Ertrag der vom Testator erfundenen, unter dem Namen der Sulzbergerschen

Flußtropfen bekannten Flußtinctur sollen dazu verwendet werden, jeden armen Fremden, der nach S. komme, ohne wahre Unterstützung zu finden, eine reichliche, milde Gabe zu verabreichen, auch solle jeder armer Kranke unentgeltlich Flußtropfen erhalten. Seine Frau solle jedoch, so lange sie lebe, durch diese Stiftung nicht in ihrem Rechte geschmälert werden, sondern sie solle lebenslänglich den Genuß des Salzwerks, auch den Ueberschuß vom Verdienst der Flußtinctur haben und nur den Armen und Fremden jährlich so viel an Medizin zukommen lassen, als sie brauchten und bei ihm (dem Testator) erhalten hätten. Nach ihrem Tode solle aber der Ertrag der Flußtinctur mit zu dem Fideicommiß, der erwähnten Stiftung, geschlagen werden. Das übrige Vermögen solle alsdann an seine, des Testators, nächste Verwandte fallen.

Nachdem Sulzberger gestorben und seine Erbschaft ex testamento von seiner Wittwe angetreten, diese auch das Salzwerk benutzt und den Ertrag der Flußtinctur einige Jahre lang bezogen hatte, erklärte diese im J. 1808 vor dem Amte Salzungen, daß sie die Stiftung ihres Mannes theilweise und insoweit schon jetzt in's Leben treten lassen wolle, als sie von dieser Zeit an den Ertrag der Flußtinctur, welcher sich fortwährend auf eine unerwartete Weise gesteigert hatte, für einheimische und fremde arme Kranke bestimmen und verwenden und auf das Recht, solchen für sich behalten zu dürfen, so lange Verzicht leisten wolle, als sie denselben nicht selbst für ihre eigene Person brauchen würde. Sie behielt sich jedoch die eigene selbstständige Verwaltung ohne Rechnungsablage vor und errichtete eine besondere Casse, in welche sie den Ertrag der Flußtinctur legte, und welche sie „Armencasse" nannte, wobei sie zu äußern pflegte, diese Casse gehöre zur Stiftung und ihre Erben hätten daher dereinst keinen Anspruch darauf.

Aus dieser Casse gab sie auch jährlich dem Superintendenten oder Magistrate 200 Thaler für Unterstützung an Arme. Auch errichtete sie am 30. Mai 1821 noch eine besondere bei dem Stadtrathe zu S. niedergelegte Disposition, in welcher sie den Zweck der Stiftung näher bestimmte und zugleich anordnete, daß nach ihrem Tode die Stiftung von dem jeweiligen Superintendenten, dem ersten Bürgermeister und dem Stadtschreiber zu S. administrirt werden solle. Von dem in der Casse angewachsenen Bestand kaufte sie im J. 1836 einen Korb Salzwerk, den sie in einer besonderen, vor zwei Zeugen errichteten Disposition als zur Stiftung gehörig bezeichnete.

Als darauf im J. 1842 die Wittwe S. starb, traten sowohl die Erben des Dr. Sulzberger den von diesem, als die der Wittwe den von letzterer herrührenden Theil des Nachlasses als Erben an. Sie erkannten die milde Stiftung an und überließen die $9^1/_2$ Korb Salzwerk und den künftigen Ertrag der Tinctur an die Stiftungsadministration. Diese beanspruchte jedoch außerdem noch die Herausgabe von 1706 Gulden 46 Kreuzern, welche bei der Inventarisation in einem Kistchen sich fanden, in welchem auch Zettel mit der Aufschrift lagen: „Dieß ist die Armencasse." Hiervon waren 1041 fl. als Ertrag der Flußtinctur von Ostern bis Michaelis 1842 noch in demselben versiegelten Packet, worin diese

Summe kurz vorher von dem Verfertiger an die Wittwe abgeliefert worden. Die Beklagten räumten zwar die behaupteten Thatsachen ein, läugneten aber, daß aus denselben ein Recht auf die Herausgabe der fraglichen Summe hervorgehe. Dr. Sulzberger habe die Stiftung nicht gültig zum Erben einsetzen können, denn sie habe erst nach seinem oder eigentlich erst nach dem Tode seiner Frau zur Existenz kommen sollen. Eben darum habe auch die Erklärung der Wittwe im Jahre 1808 keine Wirkung äußern können, denn der darin liegende Verzicht auf den Ertrag der Flußtropfen sei der noch nicht existirenden Stiftung gegenüber geschehen, also, weil von Niemanden acceptirt, ungültig. Auch bedürfe es zur Existenz einer juristischen Person der Genehmigung der Staatsgewalt; diese sei für die Sulzberger'sche Stiftung erst im J. 1844 erfolgt. Die Bezeichnung des Kistchens als „Armencasse" habe nur die Absicht der Wittwe ausdrücken sollen, so lange sie lebe, diese Gelder für die Armen verwenden zu wollen, keineswegs den Auftrag an die Erben, das Geld an die Stiftungsadministration abzuliefern. Hätte es aber auch mehr, nämlich etwa eine Veräußerung an die Stiftung, enthalten sollen, wie die Kläger annehmen müßten, so wäre eine solche Veräußerung, obgleich sie beabsichtigt worden, doch ungültig gewesen, weil das Subject, an welches die Veräußerung hätte geschehen sollen, die Stiftung, noch kein juristisches Dasein gehabt, also in rechtlicher Beziehung gar nicht existirt habe.

X. Der Syndicus der Wolff'schen Fideicommißstiftung in Marburg klagte eine Forderung derselben ein und überreichte als Legitimation seine von dem Mandatar der Wolff'schen Erben, dem Oberbürgermeister in M., ausgefertigte Bestellungsurkunde. Diese Legitimation wurde als ungenügend angefochten, weil entweder die Wolff'schen Erben als Vollmachtgeber hätten genannt werden müssen oder erwiesen werden, daß die W'sche Fideicommißstiftung die Rechte einer Corporation erhalten habe, also namentlich das Recht, Beamte, z. B. einen Syndicus, zu ernennen und öffentliche Urkunden über die Ernennung auszustellen, da nur in diesem Falle ihre Vorsteher als von der Staatsgewalt anerkannte Behörden, mit der Befugniß, öffentliche Urkunden auszustellen, betrachtet werden könnten. Der Syndicus berief sich zur Vertheidigung seiner Legitimation

1) auf die Meinung angesehener Rechtslehrer, daß es zur Entstehung einer juristischen Person keiner Genehmigung der Staatsgewalt bedürfe:

Puchta, Pand. §. 28.

Auch sei diese Ansicht vom OAG. in Cassel in folgendem Falle angenommen worden: In dem Testamente des Landgr. v. H. R. war zur Errichtung einer wohlthätigen Anstalt für arme Waisen in Stadt und Amt R., die den Namen „Elisenstiftung" führen sollte, ein mit 5 Proc. vom Fideicommißerben zu verzinsendes Capital ausgesetzt. Nach dem

Tode des Testators wurde der Erbe von den betreffenden Gemeinden auf Ausführung jener Stiftung und insbesondere auch auf Erwirkung der Genehmigung des Staats für das Bestehen dieser Anstalt belangt. Der Beklagte wurde jedoch von dieser letztern Verpflichtung freigesprochen, weil zur Existenz der Stiftung die Genehmigung des Staats nicht erforderlich sei, sondern dieselbe auch von andern zu ihrem Schutze berufenen Rechtssubjecten vertreten werden könne.

2) Wenn wirklich die Genehmigung des Staats für den Erwerb der Corporationsrechte von Seiten der Wolff'schen Stiftung als erforderlich angesehen würde, so müsse es doch genügen, wenn auch nur eine stillschweigende Genehmigung nachzuweisen sei. Eine solche liege aber bezüglich der Wolff'schen Stiftung vor, da sie seit dem Jahre 1611, in welchem sie durch ein Testament des Professors Wolff errichtet war, stets als eine öffentliche Anstalt und Corporation angesehen, ihr die Rechte von Minderjährigen hinsichtlich der Restitution eingeräumt, die Grundstücke auf ihren Namen eingetragen worden, dieselbe auch von jeher ihre Vorsteher und ihre eignen Beamten (Zinsmeister und Syndicus), gemeinschaftliches Vermögen und ihre Casse, ferner auch ein öffentliches Siegel, ja auch eine beschränkte Stempel- und Portofreiheit gehabt — auch der Staat Beschlüsse zu ihrer Aufrechterhaltung ertheilt hatte und sie durch besondere Commissionen untersuchen lassen. Endlich war sie bis in die neueste Zeit in dem Staatshandbuche als öffentliche Corporation aufgeführt worden. — Wider diese Argumentation führt der Gegner den Satz an:

Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (l. 29 D. de R. J.).

Xa. Zwölf Einwohner der Stadt J. erwarben gemeinschaftlich im Jahre 1801 ein in O. belegenes bedeutendes Moorgrundstück zu Eigenthum, um dasselbe zur Torfgewinnung auszubeuten. Als dieselben im Jahre 1863 in einem zwischen ihnen und der Gemeinde O. anhängig gewordenen Processe sich als juristische Person bezeichneten, wurde ihnen diese Eigenschaft bestritten, weil den bestehenden Landesgesetzen gemäß ihnen die juristische Persönlichkeit von der Staatsgewalt hätte ertheilt werden müssen, welches ausdrücklich niemals geschehen sei *). Während sie dieses wie jenes zugestanden, behaupteten sie, daß im vorliegenden Falle ihre Anerkennung als juristische Person abseiten der Staatsgewalt keinem Zweifel unterliege, weil sie sich öffentlich und mit Vorwissen der Staatsbehörden stets als juristische Person gerirt, als solche gerichtlich und landesherrlich genehmigte Verträge geschlossen, insbesondere im Jahre 1850 vom Staate selbst ein Grundstück durch Kauf erworben und in der Vertragsurkunde sich als juristische Person durch ihren Vorsteher und Rechnungsführer unterschrieben haben, wie sie denn auch als „Torfgewinnungsverein

*) Das betreffende Gesetz sagt nichts davon, daß die Anerkennung als juristische Person ausdrücklich erfolgt sein müsse.

zu O.“ zu Grund- und andern Steuern sowohl zu der Zeit, als O. noch zum Königreiche S. gehört, als auch unter der jetzigen großherzoglich W.'schen Regierung und selbst zur Zeit der französischen Fremdherrschaft herangezogen und in den öffentlichen Steuerlisten aufgeführt seien. Von den Gegnern wurde ihnen opponirt, daß die Länge der Zeit an dem wirklichen Rechtsverhältnisse nichts ändern, juristische Persönlichkeit nicht ersessen werden könne, und außerdem L. 29 D. 50. 17 entgegenstehe.

Würden sie, die Wahrheit ihrer factischen Angaben vorausgesetzt, mit ihrem Anspruche durchdringen?

XI. Die Stadt F. klagt gegen den Staatsanwalt, weil durch Regierungsverfügung der Stadtrath in F. mit 5 Thalern in Strafe genommen worden, wegen Weigerung, einen gewissen S. in F. aufzunehmen. Dadurch sei sie in einem ihr zustehenden Rechte gekränkt worden, da sie durch Herkommen die Befugniß erworben habe, von jedem Auswärtigen, der in den F'schen Bürgerverband treten, namentlich sich dahin verheirathen wolle, den Nachweis eines Vermögens von mindestens 200 Thalern zu verlangen, den S. nicht habe liefern können. Der Beklagte erwiderte u. A., die Strafe sei nur gegen die einzelnen Mitglieder des Stadtraths, nicht gegen den Stadtrath als solchen ausgesprochen, mithin sei auch die Stadt als solche nicht zur Klage berechtigt.

Zweites Capitel. Inhalt der Rechte.

§. 30. 31.

XII. Der Magistrat der Stadt Kreuzburg ließ im Jahre 1846 durch den Rathsdiener in den Straßen öffentlich ausrufen, es sei hiermit Jedermann bei strenger Strafe verboten, im Gasthofe zum schwarzen Adler Bier zu holen. Als hierüber der Wirth des genannten Gasthofs sich beschwerte, wurde ihm vom Magistrate eröffnet, das Verbot könne nicht zurückgenommen werden, weil ihm kein Recht zum Bierverkauf zustehe. Der Gastwirth sah sich hierdurch zur Klage gegen den Stadtrath veranlaßt, welche er durch ein seinem Gasthofe 1738 von dem damaligen Landesherrn ertheiltes Privilegium:

„Bier und Broihan zu brauen und solche Getränke im Gasthofe zu „verzapfen, Zechgäste zu setzen“ u. s. w.

begründete, in welchem er durch jenes Verbot beeinträchtigt worden. Die erwähnte Bestimmung war ein Theil des dem Erbauer des Gasthofs verliehenen Privilegiums: „auf dem s. g. Schafhofe einen neuen Gasthof nebst Brau- und Darrhaus zu erbauen,“ wofür ihm Gast- und Schenkgerechtigkeit zustehen, auf dem Hause aber ein Erbzins haften sollte. Der Beklagte entgegnete:

1) Der Stadtrath könne als solcher gar nicht belangt werden, weil er hier als Verwaltungsbehörde gehandelt habe und daher nicht vor Gericht zur Verantwortung gezogen werden könne. Wegen der Zweckmäßigkeit seiner Verfügungen sei er nur seiner vorgesetzten Behörde verantwortlich und diese habe jene Verordnung gebilligt.

2) Wenn wirklich dem Kläger das von ihm beanspruchte Recht zustehe, so sei doch dasselbe durch das erwähnte Verbot in keiner Weise verletzt worden. Eine Verletzung des Klägers hätte in diesem Verbote nur liegen können, wenn derselbe behauptete, ein Recht zu haben, daß ihm Bier abgekauft werde. Allein Kläger stütze sich nur auf ein Recht, Bier zu verkaufen, sofern ihm Jemand solches abkaufen wolle (was natürlich Jeder beliebig unterlassen könne), dieß sei ihm aber gar nicht verboten, er dürfe jeder Zeit Bier verkaufen, wenn sich Jemand finde, der es von ihm nehmen wolle. Habe der Stadtrath hier überhaupt seine Befugnisse überschritten, so könne er nur diejenigen in ihrer Freiheit gekränkt haben, denen er das Bierholen aus dem schwarzeu Adler untersagt habe, nicht aber den Kläger.

3) Dem Kläger stehe jedoch das beanspruchte Recht gar nicht zu und es lasse sich ein solches aus dem erwähnten Privilegium von 1738 durchaus nicht herleiten, weil

a) dasselbe nur auf den damaligen Besitzer des Gasthofs ausgestellt, also ein persönliches Privilegium, kein Realprivilegium gewesen sei; denn Privilegien seien bekanntlich strictissime zu interpretiren;

b) auch sei damit dem Privilegirten keineswegs das Recht, Bier über die Straße zu verkaufen, verliehen worden, sondern nur die Befugniß, denjenigen Bier zu verschenken, die es im Gasthofe selbst trinken wollen. Dieß gehe ganz deutlich aus den Worten des Privilegiums hervor, da es dort ausdrücklich heiße: „solche Getränke im Gasthofe zu verzapfen“ und zum Ueberflusse sei noch zur Erläuterung dieses Ausdrucks hinzugefügt „Zechgäste zu setzen.“

Was könnte der Kläger diesen Einwänden entgegensetzen?

XIIa. Dem A. war ein Privileg des Bierbrauens verliehen, und zwar ohne Entgelt. In der darüber ausgefertigten Urkunde heißt es: Der Einwohner A. in X. erhält das ausschließliche Recht, Bier in beliebigen Quantitäten zu brauen, im Großen zu verkaufen oder in seinem Hause zu verzapfen.“ Nachdem A. dasselbe 15 Jahre ausgeübt, verstarb er, wurde von Z. beerbt und bald darauf dasselbe Privileg dem B. in X., jedoch ohne Ausschließlichkeit ertheilt, durch dessen Concurrenz Z. einen erheblichen Ausfall am Ertrage des Gewerbes erlitt. Er klagte daher gegen den Staatsfiscus auf Entschädigung, deren Liquidation sich vorbehaltend, und führte an, daß durch die Ertheilung des zweiten Privilegs das ihm gegebene verletzt und als ausschließliches vernichtet, während der Staatsgewalt nur erlaubt sei, aus besonderen Gründen (c. 5 X. in VI. 1. 3. c. 3 C. 11. 42. c. 11 u. 24 X. 5. 33. c. 43 X. 1. 3.) bestehende Privilegien zurückzunehmen oder zu schmälern. Ein genügender Grund habe jedoch gar

nicht vorgelegen, namentlich keine öffentliche Nothwendigkeit und kein Mißbrauch, auch sei bei Ertheilung der dem Erblasser des Klägers ertheilten Berechtigung kein beliebiger Widerruf vorbehalten. Selbst wenn es das öffentliche Interesse gefordert hätte, die zweite Berechtigung zu ertheilen, würde dieses nur gegen genügende Entschädigung des zuerst Privilegirten statthaft erscheinen (Arndts, Pand. §. 57).

Der Vertreter des Beklagten gab zu, daß kein Vorbehalt des Widerrufs gemacht sei, auch kein besonderer Grund für die zur Klage Veranlassung gebende Maßregel angeführt werden könne, es bedürfe eines solchen auch gar nicht. Denn es stehe der Staatsgewalt frei, beliebig Privilegien zu ertheilen, ein bereits bestehendes, wenn es ein s. g. gratuitum sei, dürfe einseitig wieder genommen oder geschmälert werden, „weil es einseitig, aus reiner Gnade entstanden sei." Kein Rechtssatz verordne, daß in solchen Fällen Entschädigung zu gewähren, und wenn von einzelnen Juristen eine desfallsige Billigkeit behauptet sei, so entstehe daraus noch keine Zwangspflicht, diese könne nur durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht begründet werden. Uebrigens bestehe das vom Kläger in Anspruch genommene Privileg gar nicht mehr, es sei nur dem verstorbenen A. gegeben. Als rein persönliches, mit dessen Tode erloschen, wenn es als Realprivilegium gelten solle, hätte dieses ausdrücklich gesagt und an ein bestimmtes praedium oder Haus geknüpft sein müssen, Privilegien seien strict zu interpretiren. Im schlimmsten Falle würde Kläger nur Entschädigung insoweit fordern können, als er in dem Erwerbe aus dem in seiner Wohnung Statt findenden Bierverkaufe im Kleinen, d. h. um dort einsprechende Gäste zu bewirthen, beeinträchtigt wäre.

Sind diese Behauptungen des Beklagten richtig, oder was läßt sich dagegen einwenden?

---

§. 35.

S. unten zu §. 137 und §. 360—364.

§. 35a.

XIII. Zwischen dem Wohnhause des Hufschmids Andersen und dem des R. in dem Dorfe F. fließt ein Bach, durch den der Dorfweg führt. Als nun der Hufschmid das Ufer an der einen Seite erhöht und an demselben ein Loch anbringt, so wird R. dadurch verhindert, von seinem Hofe in den Bach zu fahren und stellt deshalb eine Klage gegen den Hufschmid an, indem er sich auf die angeführten Thatsachen und auf die Eigenschaft des Wegs als eines öffentlichen beruft. Der Beklagte gestand die in der Klage behaupteten Thatsachen zu, bemerkte aber,

1) Kläger habe seiner Klage gar keinen bestimmten Namen gegeben. Es sei dieß freilich auch unmöglich gewesen, denn

2) Kläger würde ein Recht zu klagen nur dann haben, wenn er eine besondere Fahrgerechtigkeit behaupte, was er nicht gethan. Außerdem könne wegen Anlagen auf öffentlichen Wegen nur die Gemeinde klagen. — Wie wenig Kläger auf Erfolg bei seiner Klage rechnen dürfe, davon

hätte ihn der ganz ähnliche Fall des Müllers K. in F. überzeugen sollen. Auch diesem sei vor einigen Jahren der Ausgang aus seinem Hofthore erschwert und, wie er behauptete, lebensgefährlich gemacht worden, so daß ihm bereits einige Stück Vieh zu Schaden gekommen. Die Ursache davon habe in der Anlegung einer neuen, an seinem Hause vorüberführenden, öffentlichen Landstraße gelegen. Er sei aber mit seiner Klage weder gegen den betreffenden Baubeamten, noch gegen den Staat durchgedrungen.

Mußte der Kläger wirklich durch die letztangeführte Entscheidung, wenn sie ihm bekannt war, sich von Erhebung der jetzigen Klage zurückschrecken lassen? —

XIV. Vor dem Frankfurter Thore in Cassel führt die Landstraße über ein öffentliches fließendes Gewässer. Oberhalb der daselbst angelegten Brücke besitzt der Bleicher Tüchtmeier einen Garten, durch welchen der erwähnte Bach hindurchfließt. Diesen Garten verändert er im Anfang des Jahres 1834 in einen Bleichraum und bringt darin eine Vorrichtung zum Ansammeln des Wassers (Wasserschütze oder Schleuße) an. Dadurch entzieht er jedoch dem Bleicher Schaumburg, welcher eine Strecke unterhalb der Brücke schon vorher eine Bleiche und für dieselbe eine Wasserschütze angelegt hatte, das zu dieser nöthige Wasser. Schaumburg klagt deshalb im August desselben Jahres gegen Tüchtmeier, indem er anführt, Letzterer habe durch Vertiefung und Erweiterung des Flußbettes und indem er es durch ein von Balken gezimmertes, mit Steinen ausgemauertes, mindestens 4 Fuß hohes Wehr, neben dem sich die Schleuße befinde, verschlossen habe, ihm, dem Kläger, großen Nachtheil zugefügt, da seiner Bleiche bei gewöhnlichem Wasserstand alles Wasser dadurch entzogen, bei Oeffnung der Schleuße aber ihm das Wasser nicht nur ganz trübe und unbrauchbar, sondern auch in so großer Quantität zugeführt, daß dadurch seine Bleiche überschwemmt und gänzlich verschlemmt werde. Er bittet deßhalb, ihn im Besitz des Rechts, das Wasser zu benutzen, auch gegen künftige Störungen zu schützen und dem Beklagten die Wegräumung der angelegten Schleuße aufzugeben.

Der Beklagte gesteht das Thatsächliche der Klage zu, wendet aber ein, daß es sich hier um einen öffentlichen Fluß handle, woran Jedem Gebrauch und Benutzung nach Belieben freistehe. Von einem besondern Nutzungsrecht des Klägers könne daher nicht die Rede sein, also auch nicht von Besitz und von einem possessorischen Rechtsmittel, um so weniger, da nicht einmal das Grundstück des Klägers unmittelbar an das Wasser stoße.

1) Steht dem Kläger ein Rechtsmittel zu und welches?

2) Ist es von Wichtigkeit, ob der Kläger seine Bleiche und die deßhalb angelegte Wasserschütze schon im Sommer 1833 gehabt hat?

3) Kann er auch auf Restitution klagen?

---

§. 36.

XV. Der Kaufmann Eckardt in R. kaufte im Januar 1806 von dem dortigen Kaufmann Schilling 30 Last Mecklenburger Roggen, die Last für 175 Thaler. Es wurde alsbaldige Lieferung ausbedungen und einige Tage darauf verabredet, daß Käufer den Roggen von einer bestimmten Lagerstätte X. des Verkäufers könne abholen lassen. Im April 1806 stellt Eckardt wegen noch nicht gelieferter 15 Last 94 Scheffel gegen den Verkäufer eine Klage an, in welcher er anführt, daß er den übrigen Roggen nicht probemäßig befunden habe, als er denselben aus den Speichern, wo er gelagert, habe holen lassen. Er bat demnach, dem Verkäufer aufzugeben, die noch rückständigen 15 Last 94 Scheffel in conservirtem, probemäßigem Zustande sofort abzuliefern. Dieser Streit wurde jedoch im Oct. dess. J. durch Vergleich beigelegt und das Kaufgeld völlig bezahlt. Als aber hierauf der Roggen in der vertragsmäßig bezeichneten Lagerstätte aufgemessen wurde, fehlten 2 Last $7^1/_2$ Schffl. Dieß veranlaßte im April 1807 den Käufer zu dem gerichtlichen Antrage, den Verkäufer zur Lieferung der fehlenden 2 Last $7^1/_2$ Schffl., sowie zur Vergütung alles Schadens anzuhalten, der mit dem Fallen des Kornpreises verbunden sein werde. Der Beklagte suchte sich gegen diesen Antrag durch die Behauptung zu schützen, das fehlende Maaß Roggen sei eingetrocknet, worauf er durch das am 10. August 1810 eröffnete Erkenntniß zur Lieferung des eingeklagten Roggens verurtheilt wurde, unter Vorbehalt des Beweises des Eintrocknens; von Erstattung des durch Verzögerung entstandenen Schadens erwähnte das Erkenntniß Nichts. Dasselbe ging auch in Rechtskraft über.

Den Beweis des Eintrocknens ließ der Beklagte später fallen und erklärte im März 1816, er sei bereit, dem Gegner in Folge des Erkenntnisses 2 Last $7^1/_2$ Schffl. Roggen sofort abzuliefern. Hiermit war jedoch Eckardt nicht zufrieden, sondern bat, den Verkäufer zu verurtheilen, daß er ihm denselben Roggen liefere, den er (Kläger) 1806 gekauft habe (denn der Roggen von der letzten Ernte werde bei Weitem nicht so gut bezahlt, wie früher der von 1805) und daß er ihm denjenigen Schaden ersetze, den er durch zehnjährige Entbehrung des Roggens erlitten habe.

Dem letzteren Theile dieses Gesuches stellte Beklagter die exc. rei judicatae entgegen, da durch das rechtskräftige Erkenntniß der begehrte Schaden aberkannt worden sei. Hinsichtlich des ersten Theils dagegen bemerkte der Verkäufer, es sei weder eine bestimmte Species Roggen verkauft, noch eingeklagt worden, darum auch das Erkenntniß nur von Roggen in genere zu verstehen. Kläger könne auch gar kein Interesse daran haben, jenen Roggen von 1805 zu verlangen, wenn ihm jetzt dieselbe Qualität geliefert werde. Daß der Roggen jetzt nicht mehr so theuer bezahlt werde, wie damals, habe seinen Grund keineswegs in schlechterer Beschaffenheit der letzten Ernte, sondern in den gesunkenen Kornpreisen; die deshalb verlangte Vergütung sei aber dem Kläger aberkannt worden. Es könne mithin dem Gegner ganz gleich sein, ob er (der Verkäufer) den

1806 verkauften Roggen inzwischen verkauft oder verschenkt habe, sondern er müsse zufrieden sein mit dem ihm angebotenen Roggen, da er von derselben Art und Güte, wie der verkaufte, sei. Dafür berief er sich noch besonders auf c. 15 C. 4. 49.

Der Kläger konnte zwar nicht im Geringsten ein besonderes Interesse an Roggen vom Jahre 1805 nachweisen, da anerkannt die Ernte im Jahre 1805 eine sehr schlechte und nasse, dagegen die vom Jahre 1815 (von der ihm Beklagter angeboten) sehr gut gerathen war, erwiederte jedoch hierauf, das vom Gegner Ausgeführte passe nur auf Verträge über fungible Sachen als solche; hier aber sei der Roggen dem Lagerplatze nach bezeichnet worden, mithin über eine species contrahirt und komme unter diesen Umständen die Eigenschaft der Vertretbarkeit nicht mehr in Betracht.

Dieß sei ja im Römischen Rechte verordnet hinsichtlich der Frage nach der Perfection des Kaufvertrags und nach dem Zeitpunkte, von welchem an der Käufer das periculum der gekauften Sache trage, eine Frage, welche zusammenfalle mit derjenigen, wann ein genus und wann eine species erkauft oder wann aus dem erkauften genus die species ausgeschieden sei. (c. 2 C. 4. 48.)

---

§. 37.

S. unten Nr. 77 und zu §. 164.

§. 38.

XVI. Im Jahre 1807 nahm die Stadt Eschwege von dem Herrn v. H. ein Capital von 7000 Thalern auf, welches sie in Laubthalern ausgezahlt erhielt. Die Laubthaler hatten damals einen Courswerth von 1 Thaler 18 Albus, ihr gesetzlicher Werth aber, zu dem sie in den herrschaftlichen Cassen angenommen wurden, war auf 1 Thaler $17^{1}/_{3}$ Albus bestimmt. In dem Schuldscheine, den die Stadt darüber ausstellte, wurde als Betrag des Darlehns angegeben: 7000 Thaler in Carolins zu 6 Thalern 6 gGr. Als darauf im Jahre 1816 die Stadt zur obligationsmäßigen Rückzahlung des Darlehns rechtskräftig verurtheilt worden, erhob sich Streit über die Art und Weise, wie diese obligationsmäßige Rückzahlung beschaffen sein müsse. Es war nämlich inzwischen der gesetzliche Werth der Laubthaler auf 1 Thlr. 16 Albus ($= 1^{1}/_{2}$ Thlr.) herabgesetzt worden, der Courswerth derselben aber auf 1 Thlr. 17 Albus gefallen. Die Beklagte meinte, es käme auf diese Aenderung hier Nichts an, denn es heiße in der Schuldverschreibung:

7000 Thaler in Carolins zu 6 Thalern 6 gGr.,

mithin seien als Gegenstand des Darlehns 1120 Carolin oder, da ein Carolin im gewöhnlichen Leben als gleichbedeutend mit 4 Laubthalern gebraucht werde, auch im vorliegenden Falle wirklich Laubthaler gegeben worden, 4480 Laubthaler zu betrachten, diese sollten auch dem Kläger gewährt werden, aber mehr könne er nicht verlangen, die Veränderung des

Werthes habe hier keinen Einfluß, weder die des gesetzlichen Werthes, noch die des Courswerthes, weil es gar kein Gelddarlehn, sondern ein Darlehn in Waare sei, ebenso wie wenn es im Schuldschein hieße:

1120 Stück Carolins oder 4480 Stück Laubthaler. (v. Vangerow, Lehrb. §. 570. IV.)

Selbst die Veränderung des Münzfußes, also des Metallwerthes, werde von manchen Rechtslehrern für gleichgültig erklärt. Von einer solchen sei jedoch hier nicht einmal die Rede, sondern nur von Veränderung des Metall- und Courswerthes. Diese könnte aber ebensowenig Einfluß haben, als bei Rückgabe von 100 Scheffeln Korn, gleicher Güte, der inzwischen veränderte Kornpreis.

XVII. In einem von X. zu N. dem Stift W. daselbst ausgestellten Schuldschein v. J. 1825 ist als dargeliehen bezeichnet die „Summe von 1000 Thalern in Louisd'ors zu 5 Thalern gerechnet." Als später über X. Concurs ausbrach, meldete das Stift W. diese Forderung an und es wurde im J. 1846 demselben im Liquidationsbescheide eine „Forderung von 200 Stück Louisd'ors" zuerkannt. Der Collocationsbescheid lautete auf 1000 Thaler, die Louisd'ors zu 5 Thalern."

Als darauf dieser Betrag dem Stift W. in Landes-Münze ausgezahlt werden sollte, bezeigte sich dasselbe mit Annahme solcher Münze statt Golds zufrieden, verlangte jedoch, daß die Summe zu 200 Stück Louisd'ors nach dem Cours vom J. 1825 berechnet und demgemäß 1120 Thlr. pr. C. ausgezahlt würden.

Diesem Verlangen des Agio widersprach jedoch der Concurscurator, weil sowohl nach der Schuldurkunde, als nach dem Collocationsbescheide Gegenstand der Forderung nicht gewisse Species von Goldstücken, sondern eine Geldsumme von 1000 Thalern sei; die Louisd'ors wären beim Darlehn nur Zahlungsmittel gewesen und zwar in dem ausgedrückten damaligen Nennwerthe zu 5 Thalern. Müßte der Schuldner jetzt wieder in Gold zurückzahlen, so würde er dabei den jetzigen gesetzlichen Werth zu Grunde legen und wenn dieser gestiegen sei, so würde er nur so viel Louisd'ors zu geben brauchen, als nach diesem letzteren jetzt die Summe von 1000 Thalern ausmachten. Da übrigens das Stift W. sich mit der Zahlung in Landes-Silber-Münze begnügen wolle, so brauche ihm auch nur 1000 Thaler in dieser gezahlt zu werden. Sollte aber der Anspruch auf 200 Stück Louisd'ors als begründet befunden werden, so müsse die schuldige Summe (statt nach der Zeit des empfangenen Darlehns) vielmehr nach dem Zeitpunkte des Liquidationsbescheids berechnet werden.

Zu bemerken ist, daß im J. 1825 der gesetzliche Werth des Louisd'ors in N. auf 5 Thlr. 15 Sgr. festgestellt war, der Courswerth aber 5 Thlr. 18 Sgr. betrug, im J. 1846 der gesetzliche Werth 5 Thlr. 14 Sgr., der Courswerth $5^1/_2$ Thlr., zur Zeit, da die Auszahlung geschehen soll, der erstere 5 Thlr. 16 Sgr., der letztere 5 Thlr. 19 Sgr.

XVIII. Der Graf von P. verkauft im J. 1804 an den Gutsbesitzer H. das Gut R. für die Summe von 86000 Thalern „niederhessischer Edict-Währung, den Carolin zu $6^1/_4$ Thlr., den Laubthaler zu 1 Thlr. $13^1/_2$ gGr. gerechnet," welchen Betrag der Käufer mit 4 Procent zu verzinsen verspricht. Auf diesem Gute haftet noch eine Schuld des Verkäufers an die Kriegscasse von 19618 Thlrn. in niederhessischer Cassenwährung," welche der Gutskäufer von den Kaufgeldern zu bezahlen übernimmt. Der gesetzliche Werth der Laubthaler betrug damals 1 Thlr. 13 gGr.

Die Zahlung der übernommenen Schuld an die Kriegscasse Seitens des Käufers erfolgte in den Jahren 1809 bis 1812 während der Gültigkeit eines westphälischen Decrets, wodurch der Werth der Laubthaler auf 1 Thlr. $12^3/_4$ gGr. herabgesetzt, dagegen die niederhessische Münze entsprechend erhöht und dem Conventionsgelde gleichgestellt war.

Als später im J. 1815 der Verkäufer den noch übrigen Rest des Kaufgelds wider den Käufer einklagt, will dieser den Verlust in Abrechnung bringen, welchen er bei Abtragung der erwähnten Schuld in Folge der inmittelst eingetretenen Münzveränderung dadurch erlitten habe, daß er dieselbe der Schuldverschreibung gemäß entweder in der erhöhten niederhessischen Münze oder (wie er gethan) in Laubthalern zu dem zur Zeit der Zahlung gesetzlich verminderten Werthe habe bezahlen müssen.

Der Kläger erwiedert hierauf: den behaupteten Schaden würde der Beklagte abgewendet haben, 1) wenn er früher seine Restschuld bezahlt und die Schuld an die Kriegscasse abgetragen hätte; da keine Zahlungszeit der assignirten Schuld im Kaufbriefe erwähnt worden, sei er zu sofortiger Abtragung verbunden oder wenigstens berechtigt gewesen und müßten ihn selbst daher die Folgen der Verzögerung treffen;

2) wenn er die Hülfe der Gerichte gesucht hätte. Da das westphälische Gesetz auf Darlehnscontracte aus der Zeit vor dessen Publication keine Anwendung habe finden dürfen, so würde er dem Rechte nach haben verlangen dürfen, die Laubthaler noch in dem frühern Werthe bei der Zahlung angerechnet zu bekommen und wenn er dieses Recht nicht geltend gemacht, so sei sein Schaden ein durch eigne Nachlässigkeit herbeigeführter, den er allein tragen müsse.

Sind diese Entgegnungen des Klägers stichhaltig und was ist über das vom Beklagten verlangte Abrechnen zu urtheilen?

---

§. 41.

X. verstarb mit Hinterlassung von drei ehelichen Töchtern und einem angeblich ehelichen Sohne Y. Erstere bestritten diesem das von ihm behauptete Intestaterbrecht und setzten sich in Besitz des Nachlasses. Y. erhob daher Klage auf Anerkennung seines Erbrechts und Herausgabe von $^1/_4$ der Erbschaft und entgegnete auf die Behauptung der Beklagten, daß er bereits am 151. Tage nach eingegangener Ehe geboren, folglich als ehelicher Sohn nicht anzusehen sei: wenn er allerdings den Tag der

Geburt zugeben müsse, so habe doch weiland X. ihn als seinen ehelichen Sohn ausdrücklich anerkannt, auf seinen Namen taufen lassen und daher könne sein Erbrecht um so weniger bezweifelt werden, als nach c. 11 C. 5. 27 ihm durchaus nicht hinderlich sei, daß seine Geburt in der Zeit vor dem 182. Tage nach der Eheschließung falle. Beklagte trugen dagegen vor: die angeführte Stelle sage gar nicht, was der Gegner daraus herleite. Jedenfalls setze sie voraus, daß die Vaterschaft dessen, der für den Erzeuger ausgegeben werde, gewiß sei. Das Anerkenntniß des verstorbenen X., welches man zugebe, könne höchstens Verbindlichkeiten für X. (z. B. Alimentationspflicht) erzeugt haben, aber niemals werde dadurch constatirt, daß X. den Kläger auch wirklich gezeugt habe. Solches lasse sich überhaupt gar nicht beweisen, deshalb habe das positive Recht zu der bekannten Vermuthung seine Zuflucht genommen, welche verlange, daß bei der Geburt wenigstens 6 Monate seit Eingehung der Ehe verstrichen seien. Außerdem seien Beklagte bereit, darzuthun, daß ihre Mutter bereits vor der Ehe schwanger gewesen sei, welches ebensowohl die Folge eines mit ihrem späteren Ehemanne als mit Anderen gepflogenen Beischlafs habe sein können, obgleich in dieser Beziehung bestimmte Facta sich nicht behaupten lassen.

Würde — abgesehen von der behaupteten, vom Kläger geleugneten, vorehelichen Schwängerung — zu Gunsten des Klägers zu erkennen sein? Und würde es dagegen den Beklagten etwas helfen, wenn sie den angebotenen Beweis lieferten?

Drittes Kapitel. Entstehung und Ende der Rechte.

§. 48. Allgemeines

XIX. Als im Jahre 1844 der Landwirth Fritz ein ihm gehöriges Grundstück verkaufte, machte der Rittergutsbesitzer Braun ein seinem Gute zustehendes Vorkaufsrecht geltend, indem er sich auf ein Erbregister von 1697 berief, worin es heißt: „Wenn ein Besitzer liegende Gründe oder Grundstücke an einen Fremden verkauft, stehet der Herrschaft frei, das Nähergeltungsrecht zu exerciren um den Preis, den ein Fremder zu geben gesonnen." Der Beklagte räumte ein, daß ein solches Recht früher bestanden habe, behauptete aber, daß es durch non usus erloschen sei, indem er mehrere Fälle anführte, wo theils andere im Umkreise des behaupteten Vorkaufsrechts gelegene Grundstücke, theils auch sein jetzt in Anspruch genommenes Grundstück von dessen Vorbesitzern an Fremde verkauft worden, ohne daß das behauptete Vorkaufsrecht von den Besitzern des berechtigten Guts ausgeübt worden, obgleich jedesmal der Verkauf der Confirmation wegen den gutsherrlichen Gerichten angezeigt worden, der jedesmalige Gutsbesitzer demnach die Kenntniß von der Gelegenheit, sein Recht auszuüben, gehabt habe.

Der Kläger entgegnet hierauf:

1) Von den angeführten Fällen der Nichtausübung seien diejenigen, welche andere Grundstücke beträfen, wenn auch für diese gleichfalls das Näherrecht gelte, ganz irrelevant; denn es handle sich hier um ein Recht an diesem bestimmten Grundstücke.

2) Auch die dieses Grundstück selbst betreffenden Fälle könnten gegen das Fortbestehen seines Rechts Nichts beweisen, da dasselbe zu den res merae facultatis gehöre und von diesen gelte bekanntlich der Satz, daß sie durch Nichtgebrauch nicht erlöschen.

3) Fände hier überhaupt der Untergang durch non usus Anwendung, so würde doch zu dessen Nachweis nöthig sein die Anführung von Fällen, wo er oder seine Vorgänger sich von der Ausübung ihres Rechts durch den von dem Besitzer des fraglichen Grundstücks oder dessen Vorgängern erhobenen Widerspruch davon hätten abhalten lassen. —

XX. Der Gutsbesitzer Lehmann klagt gegen die Gemeinde R., indem er Folgendes anführt:

Seinem Gute stehe das Recht zu, die R'sche Flur während der offenen Zeit mit einer bestimmten Anzahl Schaafe in zwei Heerden zu behüten. Dieses Recht sei auch von den frühern Besitzern seines Gutes fortwährend in vollem Umfange ausgeübt worden, nur er selbst habe während seiner Besitzzeit von dem Rechte auf zwei getrennte Heerden keinen Gebrauch gemacht, sondern in einer Heerde treiben lassen. — Die Gemeinde R. dürfe zwar auch eine bestimmte Anzahl von Schaafen, diese aber nur in einer Heerde und unter einem Hirten auf ihrer Flur hüten. Früher habe sie sich auch stets darauf beschränkt, weshalb sie, wenn ihr überhaupt je das Recht auf zwei Heerden zugestanden, dasselbe durch Nichtgebrauch verloren hätte. Neuerdings aber habe sie zwei Heerden gebildet, nämlich noch eine besondere Lämmerheerde, und mit dieser die Grasraine und das Gras auf den Fruchtfeldern abgeweidet, weßhalb dann auf den Stoppelfeldern keine Nahrung für des Klägers Schaafe bleibe.

Was ist über diese Klage und insbesondere, soweit sie auf Verjährung gestützt ist, zu urtheilen? —

---

§. 50. 51.

XXI. Carl v. O. trat in seinem noch nicht zurückgelegten 21. Jahre, nachdem er zuvor von seinem Landesfürsten die venia aetatis erlangt hatte, eine größere Reise in den Orient an. Die Besorgung seiner Angelegenheiten überließ er seinem Freunde P., dem er alle seine Absichten und Wünsche hinsichtlich seiner Besitzungen anvertraut hatte. Zu diesen Wünschen gehörte auch der, zwei Gärten, welche ein fremder Garten von einander trennte, durch Ankauf dieses letztern zu einem einzigen großen Garten zu vereinigen. Während v. O's. Abwesenheit bot sich endlich die Gelegenheit, jenen Wunsch zu befriedigen, indem der bisherige Be-

fitzer starb, der Erbe desselben aber, der Fleischer K., sich geneigt finden ließ, den fraglichen Garten gegen ein anderes, vereinzelt liegendes Grundstück (A) v. O's zu vertauschen. P., in der Ueberzeugung, dabei ganz im Sinne v. O's zu handeln, schloß den Vertrag sofort ab, der auch dann ohne Weiteres von beiden Theilen erfüllt wurde.

Als sodann längere Zeit darauf, nach bereits erreichtem 25. Lebensjahre, O. von seiner Reise, die sich wider Erwarten hinausgezogen hatte, zurückkehrte, genehmigte er Alles, was P. in seinem Namen vorgenommen und namentlich auch die Abtretung des erwähnten Grundstücks (A) an K. Später hörte er jedoch, daß dieser in den zwei letzten Jahren zweimal in jenem Grundstücke Schätze von bedeutendem Betrage vergraben gefunden habe. Sein Anwalt macht ihn darauf aufmerksam, daß, da er erst im Januar 1847 volljährig geworden, seine im September desselben Jahres ausgesprochene Genehmigung nicht auf den Verkauf im J. 1845 zurückbezogen werden, er mithin von beiden Schätzen die Hälfte beanspruchen könne, da er bis zur Genehmigung Eigenthümer geblieben sei; auch von dem im Mai 1847 gefundenen, weil einmal hier die Genehmigung nicht rückwirken könne. Der Fleischer K. dagegen glaubt, durch die venia aetatis sei v. O. zu jeder Veräußerung fähig geworden; es sei also anzusehen, als habe er im Jahre 1845 bereits die Volljährigkeit erlangt gehabt. —

Wie würde die eine oder andere Partei gutachtlich zu bescheiden sein?

XXII. Der 23jährige Hauptmann von Z. verbürgte sich im J. 1843 unter Verzicht auf das beneficium excussionis für ein Darlehn, welches sein Bruder, der Forstmeister v. Z., von dem minderjährigen H. unter Zustimmung des Vormunds desselben aufgenommen hatte.

Als im J. 1850 gegen den Hauptmann v. Z. auf Rückzahlung des Darlehns geklagt wurde, berief sich derselbe hiergegen darauf, daß er im J. 1843 noch minderjährig und deshalb das damals eingegangene Geschäft ungültig gewesen.

Diesen Einwand suchte Kläger zu entkräften durch folgende Bemerkungen:

1) Beklagter sei zwar damals noch minderjährig gewesen, aber da er die Stellung eines Hauptmanns bekleidet, so habe er dadurch Jedermann zu dem Glauben, daß er volljährig sei, verleitet und, da er nicht ausdrücklich auf seine Minderjährigkeit aufmerksam gemacht, sich dadurch demjenigen gleichgestellt, der sich böslicher Weise für einen Volljährigen ausgebe oder als solcher gerire.

2) Beklagter habe zu jener Zeit keinen Curator gehabt (was Beklagter in der Duplikschrift zugab), folglich sich wirksam verpflichten können.

l. 101 D. de Verb. Obl.

Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

3) Seit jener Zeit, wo Beklagter sich (im J. 1843) verpflichtet, seien bereits vier Jahre verflossen.

4) Dem Beklagten stehe der Satz: privilegiatus contra privilegiatum utitur jure communi entgegen. —

Entscheidung. —

XXIIa. Eine aus acht Personen bestehende Actiengesellschaft, welcher die Rechte einer juristischen Person vom Staate verliehen ist, besitzt eigenthümlich eine Mühle an einem ihr ebenfalls gehörenden Privatflusse, deren von der Gewalt des Wassers und starkem Eisgange durchbrochenes s. g. Grundwerk durch ein anderes ersetzt wurde. Der mit dem Bau beauftragte Baumeister X., dem eine bestimmte Summe der Anlagekosten als maximum vorgeschrieben war, erklärte diese für zu gering und sprach unter Vorlegung eines Bauplans und jenes maximum überschreitenden Kostenanschlags die Befürchtung aus, daß in der Kürze ein abermaliger Grundbruch entstehen könne, bezüglich dessen sowie seiner Folgen er seinerseits sich außer Verantwortung setze. Die Gesellschafter, unter denen drei Bauverständige, bestanden gleichwohl auf Erbauung des neuen Grundwerks nach dem ursprünglichen Kostenbetrage und wiesen den Baumeister X. zum Neubau an, der ihren Auftrag gegen das Versprechen jener Maximalsumme demnächst ausführte, worauf das Werk ihm von den besichtigenden Gesellschaftern, als dem Plane entsprechend, abgenommen wurde.

Im darauf folgenden Monate September trat ein abermaliger und zwar totaler Bruch ein, das ganze Grundwerk nebst der darauf stehenden Mühlenbrücke wurde zertrümmert, fortgerissen und durch Aufstoßen desselben auf benachbarte Gebäude und Ueberfluthen der daran liegenden Gärten den Eigenthümern derselben ein bedeutender Schaden zugefügt, dessen Ersatz sie unter Vorbehalt der Liquidation mit einer gegen die Actiengesellschaft gerichteten, unter Bezugnahme auf L. 28. L. 30 §. 3. L. 27 §. 10 D. 9. 2. L. un. §. 5 D. 43. 15 ausdrücklich als actio ex L. Aquilia bezeichneten Klage verlangten. In der letzteren hoben sie hervor, daß bei Anlage des letzten Grundwerks unter Wissen und mit Willen der Actiengesellschaft höchst leichtsinnig und unverantwortlich verfahren, indem die Anlage so schwach und fehlerhaft gemacht worden, daß sie das aufgestauete Wasser bei bedeutenden Strömungen und Stürmen zu halten nicht im Stande gewesen, mithin durch die Schuld der Beklagten der Schaden angerichtet sei. Vier zum Beweise dieses Umstandes abgehörte Sachverständige, über deren Wahl sich die Parteien geeinigt, haben dieses mit dem Zusatze bestätigt, daß jenes den Grundbruch veranlaßt habende „Naturereigniß zu denen gehöre, welche sich in jedem Frühjahre, Spätsommer und Herbste zuzutragen pflegen“.

Der Vertreter der Beklagten trug vor: Die angestellte Klage sei völlig unstatthaft, denn sie sei aus einem Delicte hergeleitet, dessen sich Beklagte als juristische Person nicht habe schuldig machen können; Kläger hätten sich an diejenigen zu halten, welche den Bau ausgeführt, insonderheit an den Baumeister, der, wenn ein Versehen begangen worden, was nach dem Ausspruche der Sachverständigen nicht weiter geleugnet werden

solle, verhaftet bleibe und dadurch, daß er sich außer Verantwortung gestellt, den Bau aber doch ausgeführt habe, nicht frei werde.

Kläger replicirten: es handle sich hier um Vermögensrechte und Eigenthum, deren eine juristische Person ohne Zweifel fähig sei. Würde eine physische Person Anlagen der gedachten Art in dem ihrer Disposition in dieser Beziehung unterworfenen Wasser und dem darunter befindlichen Grund und Boden machen, so hafte sie nach den in der Klage citirten Stellen ohne Zweifel. Auch entbehre die juristische Person nicht des Willens und der Handlungsfähigkeit, sonst könnte sie keine Beschlüsse fassen und ausführen lassen. Der Satz, daß sie eines Delicts nicht fähig, sei von Verbrechen im e. S. und Policeivergehen zu verstehen, in Folge deren Strafen verwirkt seien, welche nicht vollzogen werden können, weil die juristische Person blos in der Idee bestehe und die Strafe nicht würde empfinden können. Hier liege die Sache aber ganz anders, die juristische Person müsse, wie jeder Mandant, für das aufkommen, was mit ihrem Wissen und Willen ausgeführt werde, hafte sogar für Versehen ihrer Vertreter. Im vorliegenden Falle sei Beklagte noch ausdrücklich für letzteren eingetreten, denn sie habe trotz der Warnung abseiten des Baumeisters die Ausführung des Werks angeordnet, jenem dasselbe abgenommen und es bestehen lassen. Daß Kläger sich gegen den Baumeister wenden, sei deswegen unthunlich, weil dieser als nicht zahlungsfähig zu betrachten.

Dieses letztere haben Beklagte, im Uebrigen nur priora wiederholend, in der Duplik zugegeben.

Wie ist zu entscheiden?

---

§. 52. 53.

S. unten zu §. 130. 148. 273—280.

XXIII. Der Pachtwirth des Rathskellers zu B., Müller, hatte auf Anweisung des mit der Aufsicht über das städtische Brauwesen betrauten Stadtdeputirten Schmidt verschiedene Quantitäten Bier theils an den Brauer Dorn beim Abbrauen und Abwarten von Probebieren, theils an die Arbeiter, die bei einer im städtischen Malzhause vorgenommenen Reparatur beschäftigt gewesen, auf Rechnung des Stadtraths verabreicht. Seiner auf Zahlung und Entschädigung deshalb gegen die Stadtgemeinde zu B. erhobenen Klage setzte diese entgegen, sie brauche für die Handlungen des Stadtdeputirten Schmidt nicht einzustehen, wofür sie sich auf §. 52 und §. 53 der Stadtordnung für B. berief.

In dieser Stadtordnung bestimmt §. 47: daß dem Rathsbeisitzer die besondere Aufsicht über das Brauwesen der Commun allein übertragen und er verpflichtet ist, für den ungestörten Fortgang der dazu bestimmten Anstalten und Verrichtungen Sorge zu tragen;

§. 52, daß alle Beschlüsse des Stadtraths collegialisch abgefaßt werden und die den einzelnen Mitgliedern desselben übertragenen Geschäfte

zu solchen Beschlüssen sich entweder wie Vorbereitungen oder wie Ausführungen solcher Beschlüsse verhalten;

§. 53, daß bei Verwilligung von Ausgaben, namentlich von Geschenken, die Mitwirkung des Berathungsausschusses des Stadtraths erforderlich ist.

---

§. 56.

S. unten zu §. 381. 385.

§. 57.

S. unten zu §. 65.

---

§. 59—61.

XXIV. In dem Testamente des X. findet sich folgender Passus:

„Meinem Sohne Adolph setze ich zur Ausgleichung für das, was seine Schwestern zur Ausstattung und sonst erhalten haben, die Summe von 2000 Thalern aus, doch mit der Bedingung, daß, wenn er in seinem 45. Lebensjahre noch ohne Frau oder Kinder sein sollte, das Geld an seine Geschwister zu gleichen Theilen falle."

Die Geschwister klagen darauf gegen ihren Bruder Adolph, sobald derselbe sein 45. Jahr erreicht hat, indem sie sich auf den erwähnten Passus des väterlichen Testaments und darauf beziehen, daß ihr Bruder, soweit man wisse, noch unverheirathet sei. Der Beklagte erwiedert hierauf, er sei während seines Aufenthalts in Amerika verheirathet gewesen, seine Frau aber noch dort gestorben. Auch habe er ein Kind — zwar ein uneheliches, das er aber habe legitimiren lassen.

Die Kläger entgegnen ihm aber:

1) Wenn er wirklich einmal verheirathet gewesen wäre, was er schwerlich würde beweisen können, so sei er doch jetzt „ohne Frau" und mithin die Bedingung des Testaments eingetreten. Der Beweis einer früheren Ehe dürfe ihm als gänzlich irrelevant gar nicht nachgelassen werden.

2) Wollte man den Ausdruck „ohne Frau" für gleichbedeutend mit „unverehelicht" nehmen, so würde auch dieß dem Beklagten Nichts helfen; denn indem er behaupte, verheirathet gewesen zu sein, behaupte er, den Eintritt einer ihn verpflichtenden Bedingung selbst verhindert zu haben und es sei deshalb die Bedingung als eingetreten anzunehmen. So sei auch in folgendem kürzlich vorgekommenen Falle entschieden worden: A. hatte an den B. sein Haus mit der Bestimmung verkauft, daß der Vertrag für den Käufer voll verbindend sein solle, wenn dieser auch noch den Hausantheil des C. käuflich an sich gebracht haben werde. Der Käufer B. schloß wirklich mit C. einen Kaufvertrag über dessen Hausantheil ab; derselbe zerschlug sich jedoch wieder, weil C. eine Erhöhung des Preises verlangte (um 50 Fl.), die B. ihm nicht bewilligte. —

B. hatte sich darauf hin geweigert, den mit A. geschlossenen Vertrag zu erfüllen, war jedoch in 3. Instanz zur Erfüllung verurtheilt worden.

3) Das uneheliche Kind komme hier gar nicht in Betracht, einerlei, ob es legitimirt sei oder nicht; denn der Testator habe offenbar nur an Kinder gedacht, welche in der Ehe geboren worden, wofür sehr entscheidend die Fassung „ohne Frau oder ohne Kinder" spreche. —

XXV. Der Commerzienrath Berthold setzte in seinem Testamente seinem auf der Universität befindlichen Neffen Bernhard Senf ein Legat von 1000 Thalern aus unter der Bedingung, wenn er sich dem Kaufmannsstande widme und das Oel-Geschäft seines Vaters unter der bisherigen Firma fortsetze; seinem Neffen Ludwig Senf ebensoviel für den Fall, wenn er, bevor er Besoldung bekomme, heirathen sollte, dem dritten Neffen August Senf die gleiche Summe, wenn er sich der juristischen Laufbahn widme. Außerdem waren jedem von den genannten drei Brüdern 2000 Thaler ausgesetzt, wenn er ein abhanden gekommenes Dokument auffinden würde, wodurch ein noch schwebender, für die Familie höchst wichtiger Proceß gewonnen werden müßte. —

Einige Jahre nach des Commerzienraths Tode traten alle drei Neffen desselben gegen seinen Erben mit Ansprüchen auf die ihnen ausgesetzten Legate auf, denen jedoch der Erbe entgegensetzte, daß noch für keines dieser Legate die im Testamente vorgeschriebene Bedingung eingetreten sei, denn Bernhard Senf habe sich bei einem andern Geschäfte als dem seines Vaters betheiligt, Ludwig Senf sei jetzt mit Besoldung angestellt, ohne sich vorher verheirathet zu haben und August Senf habe weder das juristische Staatsexamen gemacht, noch sei Aussicht dazu vorhanden, denn derselbe habe die Postcarriere ergriffen; auch das Document sei noch nicht aufgefunden.

Dessenungeachtet klagen die drei Neffen gegen den Erben, indem jeder sich bemüht, die Bedingung seines Legats als eingetreten darzustellen.

Bernhard S. führt an, er habe sich sofort nach dem Tode seines Oheims dem Kaufmannsstande gewidmet und die Absicht gehabt, das Oel-Geschäft seines Vaters fortzuführen. Allein noch vor Beendigung seiner Lehrjahre sei der Concurs über jenes Geschäft eröffnet worden, was der Testator auch zur Zeit seines Todes wohl schon habe vorhersehen müssen; es sei ihm daher Nichts übrig geblieben, als seine Thätigkeit einem andern Geschäfte, dem Wollhandel, zu widmen. Die Bedingung sei ohne seine Schuld unerfüllt geblieben, von seiner Seite sei Alles geschehen. — Sein Bruder Ludwig behauptet gleichfalls, die Bedingung seines Legats müsse als eingetreten gelten, weil er das Seinige gethan, um noch vor seiner Anstellung mit Gehalt in den Ehestand zu treten. Er habe aber leider mehrere Körbe bekommen.

l. 23 in fin. D. de cond. inst. (28. 7):

Plerumque enim haec conditio: *si uxorem duxerit*, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det aut faciat.

Der dritte Bruder, August S., beruft sich darauf, daß er Jurisprudenz studirt und die einschlagenden Vorlesungen gehört habe, was er mit Universitätszeugnissen belegt, er sei auch bereits im Begriff gewesen, sein Staatsexamen zu machen, als ein Gesetz erschienen sei, wonach nur Söhne von Staatsbeamten zum Staatsdienste zugelassen werden sollten. Nun gelte aber bekanntlich der Satz, daß eine ohne Verschulden des Legatars unerfüllt gebliebene Bedingung einer erfüllten gleichstehe, was auch klar ausgesprochen sei in:

l. 54 §. 2 D. de legat. I. (30):

Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit quominus perveniat ad libertatem.

Alle drei verlangen überdieß die ausgesetzten 2000 Thaler, denn wenn auch das Document von Keinem gefunden sei, so behauptet doch Jeder, nach Kräften gesucht zu haben. — Auch verlangen sie Verzinsung ihrer Vermächtnisse von dem Todestage ihres Oheims an, weil der Eintritt der Bedingung zurückbezogen werde.

Der Erbe bemerkt wegen l. 23 cit., dieselbe spreche nur von dem Falle, wo die Bedingung der Heirath auf eine bestimmte Frau gestellt ist und diese sich weigert, falle daher unter die Regel, daß die Erfüllung dann fingirt werde, wenn derjenige sie hindere, dem dadurch ein Vortheil zugehen solle. In der zweiten Stelle aber l. 54 cit. sei statt mors zu lesen mora (Savigny, System III. S. 148), wonach darin ebenfalls nur eine Anwendung derselben Regel ausgesprochen wäre.

Würde anders zu entscheiden sein, vorausgesetzt, daß im Testamente gesagt wäre:

„Meinem Neffen Ludwig S., wenn er, bevor er Besoldung bekommt, seine ihm verlobte Braut S. A. heirathen würde u. s. w.?"

XXVI. Wie sind folgende Vermächtnisse zu beurtheilen:

1) Wenn mein Neffe und Erbe A. nicht allen Umgang mit seiner Mutter und Schwester abbricht, so soll er dem D. ein Legat von 500 Thalern auszahlen.

Für die Gültigkeit des Legats läßt sich sagen, a) daß, sowie etwas Unsittliches oder Rechtswidriges dem Unmöglichen, so die Unterlassung des Unerlaubten oder die Erfüllung einer Pflicht dem Nothwendigen gleichzustellen, also das Legat als unbedingtes zu betrachten sei; b) daß Justinian die Ungültigkeit der legata poenae nom. aufgehoben hat.

2) Meiner Nichte D. J. vermache ich 1000 Thaler, wenn sie den Herrn v. O. nicht heirathet und noch weitere 1000 Thaler, wenn sie sich mit Herrn Dr. M. vermählen sollte.

3) Mein alter Schulkamerad R. soll 500 Thaler ausgezahlt erhalten, wenn er durch das Zeugniß folgender drei Personen: S., T., U. beweisen

könnte, daß er während des nächsten Jahres nach meinem Tode nicht ein einziges Mal sich in trunkenem Zustande befunden habe. —

XXVII. Ein Vater hatte ein Testament zwischen seinen Kindern errichtet, über welches nach seinem Tode unter diesen Streit entstand. Der Bruder kam mit seinen Schwestern überein, daß er ihnen nach der Mutter Tode ein Kapital herausgeben wolle, wenn nicht das Testament von einem Gericht oder einer Juristenfacultät für zu Recht beständig erkannt werden sollte. Nachdem die Mutter gestorben, klagten die Schwestern auf Herausgabe des Kapitals, indem sie behaupteten, die dem Versprechen beigefügte Resolutivbedingung könne jetzt nicht mehr eintreten und müsse als deficirt angesehen werden, da der Termin, bis zu welchem auf ihren Eintritt gerechnet werden durfte, der Tod der Mutter, verstrichen sei.

XXVIII. Der Oekonom Bahn, Besitzer eines Grundstücks, an welchem den Geschwistern Schmid ein Vorkaufsrecht nicht nur vor Fremden, sondern auch vor Kindern um einen im Voraus bestimmten Kaufpreis zustand, verkaufte dieses Gut an seinen Sohn C. In dem deshalb abgefaßten schriftlichen Contracte lauteten der 3. und 4. Artikel wörtlich so:

§. 3. Käufer wird durch käufliche Ueberlassung des Guts mit Zubehör und Inventar für jedes weitere Erbtheil von seinen beiden Eltern vollständig abgefunden und verzichtet auf solches, einschließlich seines Pflichttheils vom väterlichen sowohl als mütterlichen Nachlasse in Kraft eines Vergleichs und weil er durch die billige Bestimmung der Kaufsumme deshalb vollkommene Entschädigung habe, feierlichst.

§. 4. Wenn aber dieser Kauf für eine anticipirte Beerbung nicht angesehen und bei solchem wider Erwarten das Vorkaufsrecht der Geschwister Schmid laut Protokoll vom 3. Jan. 1805 eintreten könnte, so soll dieser Kauf als geschlossen nicht angesehen werden. Für diesen Fall bleibt vielmehr dem Verkäufer das Eigenthum an dem verkauften Gute vorbehalten und der Kauf wird in einen Pachtcontract verwandelt dergestalt, daß Käufer ein jährliches Pachtgeld von 75 Thalern entrichtet und das Gut ein Vierteljahr nach Annullation des Kaufs an Verkäufern zurückgibt. Diese Annullation macht dann also den Kauf rückwärts (ex tunc) ungültig, sie soll aber nicht eher eintreten, als bis die Ausübung des Vorkaufsrechts für gegenwärtigen Fall (vorausgesetzt nämlich, daß es bei dem Verkaufe bleibe) den Geschwistern Schmid rechtskräftig zugesprochen wird.

Von diesem Contracte erlangten die Geschwister Schmid Kunde und klagten aus ihrem Vorkaufsrechte. Der Beklagte bestritt jedoch dessen Statthaben in diesem Falle:

1) weil gar kein Verkauf, sondern eine anticipirte Beerbung vorliege;

2) wenn auch ein Kaufcontract abgeschlossen sei, so sei es doch ein bedingter. Ob man die Bedingung als Suspensiv- oder Resolutiv-

bedingung ansehe, sei gleichgültig, im einen wie im andern Falle seien Kläger mit ihrem Vorkaufsrechte dadurch ausgeschlossen. Es solle nämlich ein Kauf nur unter der Bedingung als geschlossen angenommen werden, wenn den Klägern ein Vorkaufsrecht für diesen Fall nicht zuerkannt würde. Nun gebe es aber bloß die zwei Möglichkeiten: entweder den Klägern werde ein Vorkaufsrecht zugesprochen, dann sei die Bedingung, unter welcher der Contract als Kauf geschlossen worden, deficirt und es bestehe ein bloßer Pachtvertrag; mithin könne eben darum von einer Ausübung des Vorkaufsrechts nicht die Rede sein — oder es würden Kläger mit ihrem Anspruche rechtskräftig abgewiesen, dann sei aber durch das rechtskräftige Urtheil der Beklagte sichergestellt.

Auf diese Argumentation antworteten die Kläger: 1) Die ganze Bestimmung in §. 4 des Contracts sei ungültig, weil sie eine conditio perplexa enthalte und mit sich selbst in Widerspruch stehe. Es solle ein Umstand als Bedingung behandelt werden, der doch nicht als Bedingung im juristischen Sinne gelten könne. Eine Bedingung müsse auf einem künftigen ungewissen Umstande beruhen, hier aber seien ja alle auf die Frage bezüglichen Thatsachen bereits ausgemacht, ungewiß sei nur die rechtliche Beurtheilung des Geschäfts von Seiten des Gerichts. Allein das richterliche Erkenntniß solle keinesweges Rechte geben oder verändern, sondern bestehende Rechte anerkennen. So sei auch die rechtliche Natur jenes Contracts, die durch den Richter festgestellt werden solle, schon zur Zeit des Abschlusses gewiß und bestimmt gewesen und habe sich seitdem nicht geändert. Darum könne das richterliche Erkenntniß nicht als ein künftiger auf die Rechtsverhältnisse einflußreicher Umstand betrachtet werden. Sonst würde es ja gar keine unbedingten Rechte geben, da jedes Recht, um sich rechtliche Geltung im Staate zu verschaffen, des richterlichen Erkenntnisses und Schutzes bedürfe. — Daß aber jene von Anfang an gewisse Natur des Geschäfts die eines Kaufs sei, gehe so deutlich aus der Fassung des Contracts hervor, da fast in jeder Zeile die Ausdrücke: Kauf, Verkäufer, Käufer sich wiederholten, daß es keines weitern Beweises bedürfe.

2) Wollte man auch eine Bedingung annehmen, so wäre das Geschäft doch immer ein Kauf, wenn auch ein bedingter, und das Vorkaufsrecht der Kläger müsse auf jeden Fall — eben wegen dieser Bedingung — zur Anwendung kommen. Denn entweder es würde gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts entschieden, dann sei ja eben die Bedingung eingetreten, bei deren Eintritt das Geschäft als Kauf, mithin als dem Vorkaufsrecht unterworfen, betrachtet werden solle — oder es würde durch rechtskräftiges Erkenntniß der eingeklagte Anspruch für statthaft erklärt, so sei Beklagter eben dadurch gezwungen, sich dem Anspruche zu fügen nach dem Satze:

res judicata pro veritate accipitur inter partes. —

Wenn dagegen Beklagter beide Eventualitäten als ihm günstige betrachte, o könne er damit auf's Höchste nur erreichen, daß die Disposition in

§. 4 als eine sich widersprechende erscheine und darum als nicht vorhanden angesehen werden müsse, ähnlich dem in

l. 16 D. de cond. inst. 28. 7.

erwähnten Falle:

Si Titius heres erit, Sejus heres esto; si Sejus heres erit, Titius heres esto. Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non possit.

Zu vergleichen ist

l. 88 pr. D. ad Leg. Falc. (35. 2) Africanus:

Qui quadringenta habebat, trecenta legavit, deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac conditione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset. Quaeritur, quid juris est? Dixi τῶν ἀπόρων id est ex perplexis hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου id est frustratorii cavillatoriique dicitur. Etenim quidquid constituerimus, verum esse, falsum reperietur: namque *si* legatum tibi datum *valere dicamus*, legi Falcidiae locus erit, ideoque deficiente conditione *non debebitur*. Rursus si, quia conditio deficiat, legatum valiturum non sit, legi Falcidiae locus non erit; porro si legi locus non sit, existente conditione legatum tibi debebitur. Cum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est, ut statuere debeamus *tui legati conditionem defecisse.*

XXIX. Der quiescirte Oberst v. H. wurde durch allerhöchstes Rescript im Jahre 1829 zum Commandanten der Festung Z. ernannt mit 800 Thalern Gehalt und den gewöhnlichen Emolumenten, welche letztere u. A. in Benutzung zweier Gärten und theilweise des Grases und Obstes auf dem Walle zu Z. bestehen. Hinsichtlich dieser Benutzung war jedoch bestimmt, daß

„bei etwaiger Ernennung eines Gouverneurs von Z. dieselbe wieder abgetreten werden solle".

Ein solcher Gouverneur wird indessen nicht bestellt und v. H. bleibt im Genusse seines oben bezeichneten Diensteinkommens, bis er durch höchste Entschließung im J. 1837 nach mehr als 50jähriger Dienstzeit „mit der gesetzlichen Pension" in Ruhestand versetzt wird. Diese Pension wird vom Kriegsministerium auf den bisher bezogenen Gehalt von 800 Thlr. und 140 Thlr. Entschädigung für Emolumente festgesetzt. Bei dieser Entschädigung aber wird der Benutzung der Gärten, des Obstes und Grases nicht gedacht und v. H. hält sich dadurch für verletzt in seinen Rechten, da er nach dem Staatsdienergesetze den Fortbezug des vollen Gehaltes beanspruchen dürfe. Das Ministerium, bei dem er sich deshalb beschwert, verweist ihn auf

l. 108 §. 1 D. de V. O.:

Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.

Findet der Ausspruch dieser Stelle hier Anwendung?

XXIXa. Der als Commissionair und Makler concessionirte Joseph L. in J. trug gegen den Gastwirth T. daselbst klagend vor:

Als im abgewichenen Sommer das s. g. Ballhaus in J. zum Verkaufe gestanden, habe Beklagter sich ihm als einen Kauflustigen zu erkennen und den Auftrag gegeben, den Kauf zu vermitteln, wobei er ihm 25 Thlr. „für den Fall, daß der Handel unter seiner Vermittelung zu Stande kommen werde," versprochen habe. Kläger habe dieses acceptirt, mit dem Beklagten das Ballhaus in Augenschein genommen und die zwischen diesem und dem bisherigen Eigenthümer des Hauses zugelegten Verhandlungen geleitet. Die Parteien seien nun auch unter seiner beständigen Vermittelung dahin einig geworden, daß Beklagter das Kaufobject für 3500 Thaler erstanden habe, wobei jedoch sofort die Bedingung hinzugesetzt sei, daß der Handel nur dann als abgeschlossen betrachtet werden solle, wenn der Deconom St. in G., welcher in dem Hause ein Capital von 2800 Thlr. zur ersten Hypothek stehen habe, dasselbe bei dem Käufer ferner stehen lassen werde." Ueber diese Vereinbarung habe Kläger sofort eine von beiden Theilen unterschriebene Urkunde verfaßt und sich danach, um über das Verhältniß mit St. in's Reine zu kommen, im fernern Auftrag des Beklagten nach G. zum Gläubiger begeben. Nachdem seine Bemühungen, diesen zu bewegen, daß er das Capital noch länger stehen lasse, sich als vergeblich herausgestellt, habe ihn Beklagter aufgefordert, ein Darlehn von 2800 Thlr. behuf der Abzahlung an St. anzuschaffen und dann, während Kläger dieserhalb mit verschiedenen Capitalisten Verhandlungen gepflogen, ihm deren Fortsetzung mit der Erklärung, „daß er mit dem Verkäufer einig geworden sei, gegen Zahlung eines Reugeldes von 50 Thlr. den ganzen Handel als ungeschehen zu betrachten'" untersagt. Obwohl nun dem Gesagten nach kein Zweifel sein könne, daß Beklagter sowohl die 25 Thlr. als auch ein billiges, auf 10 Thlr. zu berechnendes Aequivalent für die Reise nach G. und die sonstige behufs Anschaffung des Capitals Statt gehabte Mühwaltung an Kläger zu zahlen verbunden sei, weigere sich derselbe dennoch der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten, daher Kläger bitte, ihn hierzu gerichtlich zu verurtheilen.

Beklagter hat zwar den factischen Inhalt der Klage zugegeben, auch erklärt, daß die Forderung der 10 Thlr., falls sie überhaupt bestehe, eine billige und angemessene sein würde, er behauptet jedoch, daß es den Ansprüchen des Gegners an allem rechtlichen Grunde fehle, denn

1. es sei ja die Bedingung gar nicht eingetreten, unter welcher die 25 Thlr. versprochen worden: Bedingung sei gewesen, daß der Handel unter des Klägers Vermittelung zu Stande komme, Perfection des Kaufs

liege aber nicht vor, weil die ausdrückliche Voraussetzung, daß der Oekonom St. in G. sein Capital stehen lasse, nicht eingetreten sei, und überdem die Vereinbarungen in ausdrücklicher Uebereinstimmung beider Theile sich zerschlagen haben.

2. Sollte aber ein Anspruch des Klägers auf die 25 Thlr. vom Richter angenommen, so können doch die 10 Thlr. auf keinen Fall noch außerdem gefordert werden. Denn die mit St. in G. und mit anderen Capitalisten zugelegten Verhandlungen „seien keine selbstständigen Geschäfte, sondern bilden einen Theil dessen, was Kläger behuf Vermittelung des Handels seinerseits zu thun gehabt habe und ihm durch die Aversionalsumme der 25 Thlr. vergütet sein würde."

Hierauf entgegnet Kläger ad 1: Der Handel sei in der That „ihm, dem Kläger, gegenüber zur Perfection gediehen, denn er habe seinen Auftrag, soweit es unter den gegebenen Verhältnissen von ihm habe verlangt werden können, ausgeführt." Außerdem sei vom Beklagten durch Ertheilung des Auftrags zur Anschaffung eines Capitals behuf der Abzahlung an St. auf die angebliche Bedingung der zwischen ihm und dem Kläger erfolgten Vereinbarung verzichtet, und Beklagter der Ausführung der auf die Anschaffung eines fernern Darlehns gerichteten Anweisung, nachdem Kläger bereits mit dieser begonnen, selbst hindernd in den Weg getreten;

ad 2. Die Verpflichtung zur Zahlung der 10 Thlr. falle nicht mit der sub 1 besprochenen zusammen, „weil Vermittelung des Handels und Darlehnsgeschäfts zwei ganz verschiedene, in zwei besondern Aufträgen gegründete Functionen bilden." Daß ihm dafür keine besondere Vergütung versprochen, bleibe ohne rechtliche Bedeutung, da er mit Ausführung derartiger Aufträge ein Gewerbe treibe und öffentlich dazu concessionirt sei.

Das Gericht hat die ganze Klage als unbegründet zurückgewiesen, und Kläger wünscht jetzt ein Gutachten darüber zu erhalten, ob von einer wider dieses Urtheil zu ergreifenden Appellation günstiger Erfolg zu erwarten sei.

---

§. 62.

XXX. In dem Testamente des Banquier Müller heißt es: Mein Pathe Fritz Zopf soll am Tage seiner Volljährigkeit 2000 Thaler zur Einrichtung eines Geschäfts erhalten. Vier Jahre darauf, nachdem Müller bereits gestorben, erhält F. Z., in seinem 20. Lebensjahre, die venia aetatis, verstirbt aber zwei Jahre später. Nach Verlauf von weiteren 3 Jahren klagen seine Erben gegen den Sohn des Banquier M., als dessen Erben, indem sie anführen, man könne jenes Vermächtniß entweder als betagtes oder bedingtes ansehen:

1) Im ersten Falle sei das Legat durch ihren Erblasser auf sie, die Kläger, transmittirt worden, weil das Recht gleich im Augenblick der Erbschaftsantretung zur Existenz gekommmen sei, selbst wenn man den

Eintritt des dies erst jetzt in das 25. Jahr des Legatars, nicht, wie es geschehen müßte, in den Augenblick, wo er die venia aetatis erlangt, verlegen wollte.

2) Im zweiten Falle, wenn der Zeitpunkt der Volljährigkeit als zu erlebender Zeitpunkt — mithin als eine conditio gelten solle, so stehe ihnen das Recht gleichfalls zu, weil die Bedingung schon durch die venia aetatis in Erfüllung gegangen, also das Recht schon für ihren Erblasser begründet gewesen sei.

3) Jedenfalls könnten sie auch noch die Zinsen der 2000 Thaler seit 5 Jahren, wo die Bedingung oder der dies eingetreten, verlangen. —

---

§. 63.

XXXI. Franz Eckart vermachte in seinem Testamente den beiden jüngsten Kindern des Hauptmanns Arnold 500 Louisd'or „mit der Bedingung, daß gedachte beide Kinder den Namen Eckart zu dem ihrigen nehmen und führen.“ „Sollte eines der beiden Kinder vor dem Erwerb des Vermächtnisses versterben, so soll der Theil desselben an das andere fallen, wenn aber beide kinderlos sterben würden, so soll der Erbe das Legat behalten.“ Nachdem im Jahre 1813 das eine Kind, Theodor Arnold, und zwei Jahre darauf der Testator verstorben, klagte das andere Kind, Wilhelmine Arnold, gegen die Universalerbin, die Ehefrau des Pfarrers Sch. in W., auf Auszahlung der vollen 500 Louisd'or. Die Beklagte setzt der Klage entgegen, das Legat sei nur ein bedingtes, es könne mithin erst gefordert werden, wenn die Bedingung eingetreten. Nun habe aber weder die Klägerin, noch ihr Bruder die Bedingung ererfüllt, d. h. den Namen des Testators angenommen, also könne Klägerin weder ihren eignen Antheil, noch den ihres Bruders verlangen. — Die Klägerin wendet ein, von einer Bedingung sei hier gar keine Rede, sondern von einem modus, was sowohl hervorgehe aus der Fassung „mit der Bedingung, daß“ u. s. w., als auch daraus, daß die Auflage der Zuwendung nachfolge. Wäre es aber auch eine Bedingung, so müßte sie, eben weil es in ihrer Macht gestanden, sie eintreten zu lassen und sie dieß nicht gethan, als eingetreten gelten nach:

l. 24 D. de cond. 35. 1 (Julianus):

> Jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus *interest conditionem impleri* (das sei der Fall der Klägerin) fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta fuisset.
>
> Puchta, Pand. §. 60. 1.

Jedenfalls könne ihr nun nicht mehr die Erfüllung der Auflage, man möge sie als modus oder als conditio betrachten, zugemuthet werden, denn sie habe sich mit dem Kaufmann Müller verheirathet, also dessen Namen angenommen. — Die Beklagte bleibt bei ihrer Behauptung, es liege eine Bedingung vor, denn es heiße „mit der Bedingung,“ eine Be-

dingung sei aber kein modus. Wäre es aber auch ein modus im Sinne der Klägerin, so würde das bei einem Legate gar keinen Unterschied machen, denn ausdrücklich sei festgesetzt in

l. 1 Cod. de his q. s. m. etc. 6, 45:

In legatis quidem et fideicommissis etiam *modus adscriptus pro conditione observatur.*

XXXII. Der Kaufmann Speck in H. war seit langer Zeit in einen Erbschaftsproceß mit seinem Bruder in F. verwickelt. Da er diesem um jeden Preis ein Ende zu machen wünschte, so schrieb er an den G., einen einflußreichen Mann in F. und Freund seines Bruders, er möge seinen ganzen Einfluß aufbieten, um einen beiden Parteien annehmlichen Vergleich zu Stande zu bringen. Wenn ihm dieß gelänge, so solle es ihm auf 100 Louisd'or nicht ankommen. Dieses Versprechen war so gefaßt: „mit der Bedingung, daß Sie den Erbschaftsproceß zwischen mir und meinem Bruder zu meiner Zufriedenheit beilegen, auf solchen Fall verpflichte ich mich, Ihnen 100 Louisd'or zu zahlen." Einige Zeit darauf machte G. dem Kaufmann S. in H. einen Vergleichsvorschlag, den dieser jedoch als zu ungünstig verwarf. Jetzt klagt G. gegen S. auf Auszahlung der versprochenen Summe, indem er behauptet, das Versprechen sei unter einem modus gegeben, was die Fassung: „mit der Bedingung, daß" beweise, er könne mithin die Erfüllung schon jetzt fordern. Sollte es aber auch als Bedingung gemeint sein, so müsse diese doch für erfüllt gelten, da Beklagter durch Ablehnung des ihm gemachten Vorschlags den Eintritt derselben verhindert habe.

l. 161 D. de R. J.: In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest, *conditionem non impleri*, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset. (Ulpianus.)

---

§. 64.

XXXIII. Bei dem Spediteur Reinhard in X. lagerten 18 Fässer Mohnöl, welche dem Fabrikanten E. zu H. gehörten, hinsichtlich deren aber dem R. eine Auslagenforderung für Nachnahme, Fracht und Spesen im Betrage von 1800 Fl. zustand. Als darauf von jenem Oelvorrath 4 Fässer für 868 Gulden von Reinhard's Oheim, Schulze in M., gekauft wurden, wies E. den R. an, das Oel an Schulze nur gegen Zahlung abzuliefern und den Kaufpreis auf sein Guthaben abzurechnen. Reinhard forderte nunmehr den Käufer Schulze zur Empfangnahme des Oels auf und erklärte dabei, „daß ihm das gekaufte Mohnöl nur gegen sofortige Bezahlung des Kaufpreises verabfolgt werde." Dieser Erklärung ungeachtet geschahen Verabfolgung und Empfangnahme ohne Zahlungsleistung. — Nach einiger Zeit mahnt daher Reinhard den Käufer, dieser weigert sich jedoch, an ihn Zahlung zu leisten, da er nur mit E.

in H. in Vertragsverhältnissen stehe, folglich nur an diesen, nicht an R. zu zahlen habe.

Sollte aber R. wirklich ein Recht auf die Zahlung des Kaufpreises (an ihn selbst) haben, so würde ihm eine Gegenforderung von seiner (des Käufers) Seite entgegenstehen, welche er auf folgende Thatsachen stützt, die auch Reinhard zugesteht.

Beide, Schulze und sein Neffe Reinhard, hatten zu gleichen Theilen als einzige Erben den Vater Schulze's beerbt und obgleich in dem Fürstenthum Z., wo Beide wohnten und wo das Begräbniß Statt fand, durch ein Polizeigesetz alle Trauermahlzeiten untersagt waren, so hatte doch Schulze nach beendigtem Leichenbegängniß eine Mahlzeit veranstaltet, woran sämmtliche Leidtragende, namentlich auch der Miterbe Reinhard Theil genommen.

Den dafür gehabten Aufwand will nun Schulze seinem Neffen und Miterben Reinhard zur Hälfte anrechnen und in Gegenansatz bringen, indem er bemerkt, wenn auch jene Auslagen nicht an sich schon den Miterben als solchen mittreffen müßten, so sei doch hier jeder Zweifel beseitigt durch die Theilnahme Reinhard's an der Trauermahlzeit und die darin liegende Willenserklärung, daß die Kosten von der Verlassenschaft getragen werden sollten.

Beide Parteien wenden sich an Y. mit der Bitte um ein Gutachten über ihre beiderseitigen Ansprüche. Wie müßte dieses Gutachten ausfallen? —

XXXIIIa. Canzlist L. in O. hatte von dem dortigen Einwohner L. eine Etage dessen Hauses auf die Zeit von Michaelis 1860 bis Ostern 1865 für jährlich 50 Thlr. gemiethet und bezogen. Ostern 1864 zog er aus, wurde Ostern 1865 zur Zahlung des Miethgeldes für das letzte Jahr anfgefordert, und, als er sich weigerte, verklagt.

Er schützte in der Vernehmlassung vor: Die Familie des Klägers habe es ungern gesehen, daß er in der gemietheten Etage wohne, es seien auch oft Zänkereien zwischen ihm und einzelnen Familiengliedern ausgebrochen, bei welcher Gelegenheit sowohl Klägers Frau als erwachsene Tochter mehrmals und zuletzt an dem Tage, an welchem Beklagter ausgezogen sei, geäußert habe: „er solle und müsse fortziehn." Kläger habe dieses alles gewußt, beim letzten Male habe Beklagter geantwortet: „er werde sich dem fügen." Dieses habe Kläger mit angehört und Beklagter gleich darauf das Haus mit Allem, was er an Mobilien in demselben gehabt, verlassen.

Kläger giebt den factischen Inhalt dieser Vertheidigung zu, behauptet aber, daß er seinerseits nie Aeußerungen habe fallen lassen, die auf eine Kündigung des Miethverhältnisses hätten bezogen werden können.

Beklagter sucht dagegen auszuführen, daß in dem Schweigen des Klägers zu den Aeußerungen seiner Familie und zu dem Wegzuge des Beklagten eine Zustimmung zu dem, was seine Familie gesagt und gethan, zu finden sei, Kläger habe, weil er deren ihn so speciell berüh-

renden Aeußerungen ruhig mit angehört, dieselben zu den seinigen gemacht.

Entscheidung.

§. 65.

XXXIV. Hinsichtlich der Effecten des wegen Wechselschulden flüchtigen Lithographen Meier wurde gerichtliche Beschlagnahme verfügt und fast zu gleicher Zeit über das Vermögen seiner Ehefrau der Concurs eröffnet. Es hatte sich jedoch inzwischen die Schwester des Lithographen, Eleonore M., in den Besitz seiner hinterlassenen Effecten, welche hauptsächlich in den für seine Kunst erforderlichen Instrumenten bestanden, gesetzt und weigerte sich, dieselben herauszugeben, indem sie auf Grund eines producirten Kauf- und Wiederkaufinstruments behauptete, Eigenthümerin derselben zu sein. Zufolge dieses producirten Contracts hatte Eleonore M. die Effecten ihres Bruders für 800 Thaler von ihm gekauft; über Empfang des Kaufpreises war quittirt, zugleich aber dem Verkäufer innerhalb 6 Jahren ein Wiederkaufsrecht um denselben Preis, der in gleichmäßigen Raten abgetragen und dessen Abtrag sofort begonnen werden sollte — sowie auch der fernere Gebrauch der lithographischen Instrumente gegen Verzinsung der 800 Thlr. vorbehalten, mit Rücksicht hierauf auch die Schwester mehrfachen Dispositionsbeschränkungen unterworfen. Bei nicht pünktlicher Innehaltung der Termine für die abzutragenden Raten und für die Zinszahlungen sollte die Käuferin und Wiederverkäuferin befugt sein, vom Wiederverkaufe abzugehen und die Effecten sofort zur Versteigerung zu bringen und zwar sollte, wenn durch die Versteigerung die rückständigen Kaufgelder nicht gedeckt würden, wegen des Restes der Lithograph Meier persönlich verhaftet bleiben, umgekehrt aber, wenn dabei ein Ueberschuß über das Kaufgeld oder was davon noch rückständig sich ergeben würde, so sollte dieser Ueberschuß an Meier zurückgegeben werden. — Hiergegen bemerken die Gläubiger M's, daß durch diesen Contract in Wirklichkeit nur ein Pfandrecht habe bestellt werden sollen und nur zum Scheine sei er als Kaufvertrag abgeschlossen worden. — Als Pfandrecht aber würde das Recht der El. M. ihren privilegirten Rechten nachstehen.

In gleicher Weise tritt im Concurse der Meier'schen Ehefrau deren Bruder, der Pachter Schröder, auf und vindicirt mehrere Mobilien, nämlich 800 Stühle und 200 Tische als sein Eigenthum. Er beruft sich auf einen Kaufcontract vom März desselben Jahres, worin gesagt ist, Schröder habe 800 Stühle und 200 Tische von seiner Schwester gekauft für 750 Thaler, ihr dieselben jedoch für ein jährliches Miethgeld von 30 Thalern miethweise überlassen. Dieser Miethvertrag solle so lange dauern, als das Miethgeld richtig abgetragen werde, zugleich wird auch der Verkäuferin ein Wiederkaufsrecht um 750 Thaler eingeräumt. Sollte aber der Käufer wegen der 750 Thaler, die er aufgenommen, um das Kaufgeld zu bezahlen, von seinen Gläubigern gedrängt werden, so solle

die Verkäuferin entweder Geld schaffen oder sich gefallen lassen, daß der Käufer Schröder seine Rechte auf einen Dritten übertrage. Auch hier, behaupten die Gläubiger der Meier'schen Ehefrau, liege ein bloßes Scheingeschäft vor. Schröder sei nicht Eigenthümer der Sachen und müsse sie daher bei der Concursmasse lassen.

XXXV. Der Restaurateur Krause kaufte auf seiner Durchreise durch J. von dem Kaufmann Beier 16 vierarmige und ebensoviel zweiarmige Wandleuchter, zusammen für 158 Thaler. Dieser Preis erschien dem Käufer zwar Anfangs etwas hoch, er bewilligte ihn aber doch, weil Beier ihm versicherte, er könne die Wandleuchter von Niemand billiger kaufen, da er, Verkäufer, Fabrikant dieses Artikels sei. Später erfuhr Krause, daß Beier die Wandleuchter keineswegs selbst fabricire, sondern aus der S'schen Fabrik beziehe und daß in derselben das Dutzend vierarmige nur 67, zweiarmige nur 34 Thaler koste. Er weigerte sich daher, den festgesetzten Preis zu zahlen. Beier klagt nun gegen ihn und zwar will er mit dem Preise der S'schen Fabrik zufrieden sein, Krause aber will von dem ganzen Handel Nichts mehr wissen; der Kauf sei nichtig, weil er durch irrige Voraussetzung, die Kläger in ihm erweckt habe, dazu bestimmt worden sei. Es dürfe doch gewiß nicht in der Macht eines dolosen Verkäufers stehen, beliebig entweder den Vertrag gelten zu lassen oder davon abzugehen.

XXXVI. Dr. A. kauft vom Antiquar Wenzel zwei Briefe Luther's, sowie ein Lied desselben in Manuscript und zwar versichert ihm Wenzel, es seien alle drei Handschriften Autographen Luther's, weshalb Dr. A. die beiden Briefe mit 30, das Lied aber mit $22^1/_3$ Thlr. bezahlt. Später stellte sich durch Prüfung mehrerer Kenner heraus, daß keine der drei Scripturen von Luther's eigner Hand herrühre, weil in dem Liede Lesarten viel späterer Manuscripte sich fanden und die Briefe mit ganz neuer blauer Tinte geschrieben waren, wie auch aus andern Gründen. Dr. A. fordert deshalb von Wenzel das Geld zurück, gegen Rücknahme der Handschriften. Dieser weigert sich jedoch, weil der Mangel einer bei der Sache vorausgesetzten Eigenschaft den Kauf nicht sofort nichtig mache, sondern nur dann, wenn es ein error in substantia sei; hier liege aber kein Irrthum in der Substanz vor, denn es sei beschriebenes Papier, als welches es gekauft worden, noch weniger ein error in corpore, denn der Käufer habe gerade diese drei Scripturen kaufen wollen, die er auch bekommen habe. Höchstens hätte er auf Preisminderung klagen können, allein die Klagen aus dem ädilicischen Edict seien bereits verjährt, denn der Kauf war vor 15 Monaten geschlossen worden.

Würde es von Einfluß sein, wenn der Käufer bewiese, daß der eine Brief die Abkürzung eines längeren Originalbriefs, der andere die deutsche Uebersetzung eines von Luther lateinisch geschriebenen sei?

XXXVII. A. wurde im Mai 1759 mit dem Kaufmann B. einig, von ihm 100 Stück Preußische Friedrichsd'or gegen Current-Münze zu 17 Procent Agio einzuwechseln, welche ihm derselbe aus 200 Stück solcher Friedrichsd'or auszusuchen gestattete. Als sie A. jedoch an einen Kaufmann in Amsterdam als Zahlung schickt, bekömmt er sie von demselben zurück mit dem Bedeuten, daß solches neue Friedrichsd'or wären, welche in Holland nur für 6 Holländische Gulden angenommen würden. A. erfährt auch darauf von anderen Correspondenten in Leipzig, Braunschweig und Frankfurt an der Oder, daß solche neugeprägte Friedrichsd'or nur zu 5 Rthlr. schlecht Geld' ohne Agio ausgemünzt seien. Er verlangt deshalb Rescission des ganzen Geschäfts, weil hier ein error in substantia vorliege. B. erwiedert: Goldmünzen zu fünf Thalern unter der Bezeichnung „Friedrichsd'or" habe A. verlangt und derartige Goldmünzen, welche als Friedrichsd'or bezeichnet würden, habe er auch bekommen; daß sie etwas schlechter in Gold seien als andere, sei ein Nachtheil, den er wie jeder unvorsichtige Käufer tragen müsse, besonders da er die einzelnen Stücke sich selbst ausgesucht habe. Folgende Entscheidungen des Römischen Rechts glaubt B. für sich anführen zu können:

l. 10 D. de contr. emt. (18. 1) Paulus:

Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret; tunc enim emtio valet.

l. 14 D. eod. Ulpianus:

Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Utputa si et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, cum aes esset; utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, *quia auri aliquid habuit;* nam si *inauratum* aliquid sit, licet ego *aurum* putem, *valet venditio*, si autem aes pro auro veneat, non valet.

XXXVIII. Der Oberst v. K. setzte in seinem Testamente seinen natürlichen Sohn, August Friedrich, zum Erben ein und bemerkte dabei, daß auch sein Bruder zwei außereheliche Kinder gehabt habe, einen Sohn und eine Tochter; von diesen sei aber die Tochter, wie er gehört, in Kopenhagen gestorben, der Sohn hingegen weggelaufen und verschollen. Für den Fall jedoch, daß beide, oder eines von beiden, noch leben und sich legitimiren sollten, vermache er dem einen, wie der andern 1000 Thlr.

Nach dem Tode des Testators meldet sich eine Frauensperson, die sich für die im Testamente erwähnte Nichte des Obersten v. K. ausgibt, aber behauptet, eine eheliche Tochter seines Bruders zu sein. Sie glaubt deshalb auch, das ganze Testament umstoßen oder doch eine größere Summe beanspruchen zu können, da der Testator offenbar in einem wesentlichen Irrthume sich befunden habe und da er, hätte er gewußt, sie sei das eheliche Kind seines Bruders, entweder ein ganz anderes Testament errichtet oder doch ihr eine größere Summe vermacht haben würde. Der von ihr verklagte Erbe dagegen behauptet, sie könne nun

gar Nichts verlangen. Er wolle ihr zugestehen, daß sie die eheliche Tochter des v. K. sei, aber eben darum sei sie eine ganz andere Person, als die im Testamente mit dem fraglichen Legate bedachte und könne daher auch die 1000 Thaler nicht beanspruchen. Da ihr aber, nämlich der ehelichen Tochter, kein besonderes Legat ausgesetzt sei, so habe sie auch Nichts zu bekommen.

XXXIX. Der Commissionär Schuster in B. kaufte den s. g. Schneider'schen Garten mit Haus (nach der langen Gasse) (im B'schen Fundbuche mit Nr. 412 bezeichnet, zusammen 79 Quadratruthen, der Garten allein 75 Ruthen haltend) und die daran stoßende Werner'sche Besitzung (im Fundbuche Nr. 413), ebenfalls aus Garten und Haus bestehend, zusammen 83 Quadr.-Ruthen, den ersten für 1200 Thlr., die zweite für 1800 Thlr. — Später verkaufte Schuster das zur Schneider'schen Gartenbesitzung gehörige Haus für 400 Thlr. an X., wonach nun dieses Haus im Fundbuche als Nr. 412 b verzeichnet wird, der übrig bleibende Garten aber 412 a erhält. Diesen Garten vereinigt Schuster mit dem Werner'schen zu einem Garten und läßt eine Mauer um beide herum aufführen. — Das so zusammengesetzte Besitzthum besieht sich der Prediger Hochgesang, um es zu kaufen; es wurde ihm der jetzt vereinigte Garten und das Werner'sche Haus gezeigt; von dem früher Schneider'schen Hause wird Nichts erwähnt. — Bei der Verhandlung über den Preis äußert Schuster: „Für den Schneider'schen Garten habe ich 1200 Thlr. gegeben, für den Werner'schen 1800 Thlr., in das zu diesem gehörige Haus habe ich 1300 Thlr. hineingebaut." Hochgesang bietet hierauf 3500 Thlr., indem er sich berechnet, daß er dann nicht viel mehr als 500 Thlr. für das Haus gebe, weil ja Schuster für den Schneider'schen Garten selbst 1200 Thlr. gegeben, der Werner'sche Garten aber etwa 1800 Thlr. werth sein möge, da zur Zeit, wo Schuster so viel dafür bezahlte, das dazu gehörige Haus ein bloßes kleines Gartenhaus gewesen war, das kaum in Anschlag kommen konnte. —

Ueber diesen Preis von 3500 Thlrn. wurden die Parteien einig. Hochgesang zahlt 500 Thlr. voraus und schreibt die Quittung selbst, worin es heißt: „Für mein am E.-Thor belegenes Haus nebst Garten" u. s. w.; der Verkäufer unterzeichnet. Hierauf wird von dem Advocaten Z. ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt und von beiden Theilen unterschrieben, in welchem als Kaufobject bezeichnet ist:

1) das Grundstück Nr. 412 a, bestehend aus Haus nach der langen Gasse und Garten, früher dem Kaufmann Schneider gehörig, 75 Ruthen haltend;

2) der ehemalige Werner'sche Garten, Nr. 413, 83 Ruthen u. s. w. (ohne ausdrückliche Erwähnung des Hauses).

Als H. einem Freunde von diesem Kaufe erzählte, äußerte dieser, er finde den Kauf außerordentlich wohlfeil, denn zu dem Schneider'schen Garten gehöre noch ein Haus in der langen Gasse. — Hochgesang, erfreut über diesen Zuwachs, von dem er Nichts gewußt, geht am fol-

genden Morgen früh nach dem bezeichneten Hause; der Besitzer desselben zeigt ihm jedoch seinen Kaufbrief, wonach er das Haus schon früher von Schuster gekauft und das Eigenthum daran erworben hat. —

H. überzeugt sich nun, daß er um 400 Thaler theurer gekauft, als er mit Rücksicht auf das vom Verkäufer Gegebene gewollt hatte. Er sieht sich jetzt den schriftlichen Vertrag genauer an und findet zu seiner Freude, daß in demselben wirklich das Haus in der langen Gasse steht. —

Schuster, den er deshalb zur Rede setzt, sagt, das Haus in der langen Gasse zu verkaufen, sei ihm nicht entfernt in den Sinn gekommen und habe ihm gar nicht einfallen können, da er es ja schon an X. verkauft gehabt. — Der Advocat Z. bemerkt, es sei ein Schreibfehler. —

Es sollen folgende Fragen beantwortet werden:

1) Kann Hochgesang die Gewährung des Hauses 412b fordern?
2) Hat H. Anspruch auf Rescission des Kaufs, oder Minderung des Kaufpreises?
3) Oder ist der ganze Vertrag nichtig und H. gar nicht daran gebunden?
4) Kann der Verkäufer Schuster sich weigern, das Werner'sche Haus (das im schriftlichen Vertrage nicht besonders genannt ist) zu gewähren?

67.

XL. Im Jahre 1788 flüchtete Herr Spieß, ein Ordens-Geistlicher und Pfarrer in Montoire, nach der Schweiz und es folgte ihm Dlle. Davrilly dorthin nach. Vor einem katholischen Pfarrer, welchem Spieß, der seinen Namen verändert hatte, eidlich betheuerte, daß er frei und ledigen Standes sei, schließen sie ihre Ehe und machen vor einem dasigen Notar einen Heiraths-Contract, worin Jedes dem Andern für den Fall, daß es ihn überleben werde, sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen schenkt. Während der Revolution kehrten sie nach Frankreich zurück und stellten sich im zweiten Jahre der Republik vor dem Civilbeamten von Ampuis im Rhonedepartement, wo Römisches Recht galt. Diesem erklärten sie in Gegenwart von Zeugen, daß sie ihre in der Schweiz ehemals geschlossene Ehe, soweit es nöthig, sowie auch ihren dabei errichteten Ehecontract bestätigen und erneuern wollten. Der öffentliche Beamte ließ ihre Erklärung niederschreiben, gab beide, soweit es nöthig, von Neuem als Eheleute zusammen und unterzeichnete mit den Parteien und den Zeugen. Einige Jahre nachher stirbt die Davrilly und Spieß belangt ihre Brüder, sie sollen ihm die Aussteuer ihrer Schwester herausgeben. Diese verweigern es mit dem Bemerken, daß die im Jahre 1788 in der Schweiz geschlossene Ehe ungültig gewesen, weil damals Kläger als Ordensgeistlicher nicht fähig gewesen in den Ehestand zu treten, und ebensowenig als Mönch damals fähig, aus einer Schenkung zu erwerben. Der Kläger entgegnet: Die im Jahre 1788 geschlossene Ehe sei zwar

Anfangs ungültig gewesen, aber durch die Bestätigung im zweiten Jahre der Republik sei sie gültig geworden, weil damals die erwähnte Unfähigkeit der Priester nnd Mönche aufgehoben war.

Von welcher Art war die Ungültigkeit der Ehe des Jahres 1788? Konnte sie durch den Act im J. 2 wieder gültig werden?

XLI. Die 24jährige Ehefrau des Oeconomen Günther schloß gemeinschaftlich mit demselben am 21. November 1841 einen Pachtcontract mit dem Gutsbesitzer v. R. ab, wobei sie demselben zu seiner Sicherheit eine Hypothek an dem ihr gehörigen, in M. belegenen, Hause bestellte.

Als die G. später im J. 1847 aus diesem Pachtvertrage belangt wurde und v. R. sein hypothekarisches Recht geltend machte, bestritt die G. die Gültigkeit des im J. 1841 eingegangenen Pachtvertrags und der Hypothekbestelluug, weil sie damals minderjährig gewesen und ihre Mutter, unter deren Vormundschaft sie gestanden, nicht dabei mitgewirkt habe.

Das Letztere gibt der Kläger zu, behauptet jedoch die Gültigkeit des Vertrags ungeachtet dieser Umstände, wobei er namentlich noch hervorhebt, Beklagte habe durch Verschweigen ihrer Minderjährigkeit dolose gehandelt und überdies das im J. 1841 eingegangene Rechtsgeschäft nach erlangter Volljährigkeit durch Fortsetzung und Mitbetrieb des Pachts und Mitbezahlung des Pachtgelds genehmigt und dadurch gültig gemacht. — Dazu komme, daß der vorliegende Vertrag, als auf das Gewerbe der G. bezüglich, gar keiner Mitwirkung eines Curators bedurft habe.

Ist der Einwand der Beklagten durch diese Entgegnungen des Klägers, die Richtigkeit der von ihm behaupteten Thatsachen vorausgesetzt, beseitigt? —

XLI a. Der Pachter W. in O. ward von der Wittwe des Heinrich G. daselbst auf Zahlung einer Summe von 125 Thlr. mit der actio venditi belangt. Er gestand die Forderung zu und opponirte die Einrede der Compensation. Er habe nämlich 2 Schuldpöste, um deren Berichtigung ihn Klägerin aus Furcht, darüber mit ihrem Ehemanne in Zank zu gerathen, ersucht, für dieselbe bei Lebzeiten des letzteren mit je 80 Thlr. und 70 Thlr. bezahlt, darauf aber erst 25 Thlr. von ihr erstattet bekommen.

Klägerin berief sich dagegen auf einen in der Provinz, in welcher sie wohnt, geltenden Rechtssatz, nach welchem jeglicher Vertrag eines Eheweibes ohne hinzutretenden Consens des Ehemannes null und nichtig ist, und führte daneben an, daß der verstorbene Heinrich G. zu dem ihrem Gegner gegebenen Auftrage der Zahlung niemals seine Zustimmung ertheilt habe. Daß letzteres geschehen, kann Beklagter auch nicht behaupten.

Was läßt sich zu Gunsten des Beklagten anführen?

Schenkung §. 68—72.

XLII. Der Apotheker Meier wollte seinem Freunde Dr. Berger den lebenslänglichen Genuß eines ihm gehörigen Gartens einräumen, wußte aber nicht anders ihn zur Annahme zu bewegen, als durch das Vorgeben, es sei ihm dieß im Testamente seines Vaters als ein Vermächtniß aufgelegt und er erfülle also damit nur eine ihm obliegende Schuldverbindlichkeit.

Später machten beide Freunde eine Reise mit einander nach Italien und Dr. Berger überredete den Apotheker, einen kürzern Weg durch einen, wie sie gehört hatten, etwas unsichern Wald einzuschlagen, indem er ihm alle Besorgniß deshalb auszureden wußte. In der Mitte des Waldes aber wurden sie von Banditen überfallen und, statt dem Apotheker beizustehen, dachte Dr. B. nur auf seine eigene Rettung, so daß Meier nur noch durch Zufall mit dem Leben davon kam. Der Letztere war in Folge dessen so erbittert gegen Berger, daß er nach seiner Rückkehr in einer Gesellschaft guter Freunde erklärte, der Gebrauch des Gartens sei dem Dr. B. bloß als Geschenk von ihm eingeräumt, er werde ihm dasselbe aber sofort entziehen. Als er kurz darauf starb, klagte sein Erbe gegen Berger und vindicirte den Nießbrauch des Gartens, indem er von dem Widerrufsrechte wegen Undankbarkeit Gebrauch machte. Berger entgegnete, hier liege keine Schenkung vor, 1) weil es sich nur um Einräumung des Gebrauchs einer Sache handle — 2) weil er die Leistung als Zahlung angenommen habe, es fehle also der Schenkung an dem Erforderniß der Acceptation. Meier's Erbe greift dieß auf und argumentirt: Entweder man nimmt an, die Acceptation sei nicht nöthig oder sie sei hier geschehen, so muß für mich entschieden werden, weil ein Grund zum Widerrufe der Schenkung vorhanden ist; oder die Schenkung soll wegen Mangels der Acceptation nicht zu Stande gekommen sein, dann wäre überhaupt die Uebertragung des Gebrauchs ganz ohne causa geschehen und wegen Irrthums ungültig, denn jeder Theil hat ein anderes Geschäft im Sinne gehabt, folglich kann die Leistung schon um deswillen zurückgefordert werden.

XLIII. Die Frau von Galen war zu dem Herrn von Hincke gezogen, bei welchem sie ein Kapital von 3000 Thalern stehen hatte, welches er ihr mit 4 Procent verzinste. Diese Zinsen schenkte sie ihm und bewilligte ihm das Capital für seine Lebenszeit als unverzinsliches mit der Bedingung, daß er sie, so lange sie lebe, verpflegen, sie auch frei beerdigen lassen solle. Ein halbes Jahr nach der geschehenen Schenkung war sie von ihm weggezogen, hatte ihm aber nachher noch einen sehr freundschaftlichen Brief geschrieben. Nach 3 Jahren machte der Herr von Hincke Concurs. Nach dessen Eröffnung meldete sich die Frau von Galen mit der Forderung der rückständigen Zinsen, weil der modus der Schenkung nicht erfüllt worden. Kurz darauf starb sie und ihre Erben setzten den Proceß fort, indem sie die Schenkung schon um deswillen als ungültig darzustellen suchten, weil hier die Schenkung einer

Rente vorliege, die auf die ganze Lebenszeit des Empfängers erstreckt sei; für eine solche Schenkung sei die gerichtliche Insinuation vorgeschrieben:

l. 34 i. f. Cod. de donat. VIII. 54:

Sin adjiciatur tempus vitae vel donatoris, vel ejus qui donationem accepit, tunc quasi perpetuata donatione — — et *una* intelligatur, et quasi densioribus donationibus cumulata — — — omnimodo acta deposcere etc.

Diese Formvorschrift sei aber hier nicht beobachtet. Jedenfalls stehe ihnen als Erben der Schenkgeberin das Recht auf Widerruf zu wegen Nichterfüllung des modus. — Der Gegner machte seinerseits geltend:

1) Den Erlaß der Verzinsung betrachte das Römische Recht gar nicht als donatio im engeren Sinne

l. 23 pr. D. de donat. (39. 5):

Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse, nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere.

und es könne daher auch die Vorschrift der Insinuation hier keine Anwendung finden.

2) Auch wenn es eine Schenkung gewesen, habe sie doch der Insinuation nicht bedurft, weil dieses Erforderniß bei der donatio *sub modo* wegfalle. Uebrigens sei offenbar in der angeführten Stelle hinter den Worten tempus vitae das Wort „heredum" ausgefallen.

3) Was aber die Nichterfüllung des modus anlange, so sei diese durch die Schenkgeberin selbst verschuldet, weil sie weggezogen sei, auch sei der Concurs, wie aus den Acten erhelle, unverschuldet gewesen.

c. 10 C. de cond. ob c. d. IV. 6:

Pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed *fortuito casu* non est secuta, minime repeti posse certum est. Vgl. l. 8 eod.

XLIV. Der Müller Koch verheirathete sich bei herannahendem Alter mit einer Wittwe, Namens Reichen, welche bereits zwei Söhne, Heinrich und Christoph R., hatte. In der bei dieser Gelegenheit aufgesetzten Ehestiftung sagte der Bräutigam u. A.: „Der Bräutigam will auch außer Demjenigen, was er der Braut während der Ehe schenkt und zuwenden wird, ihr noch 1400 Thlr. pr. Cour. zur Vergeltung erwiesener Liebe und Treue vermacht und gewidmet haben dergestalt, daß sie nach ihrem Gutbefinden jährlich eine gewisse, sich aber nicht über 50 Thlr. belaufende Summe erhält und mit solcher Zahlung 4 Wochen nach des Schenkers Tode angefangen und jährlich zu gleicher Zeit bis an ihr Absterben fortgefahren werde. Möchte sie aber so lange am Leben bleiben, daß sie auf diese Art alle 1400 Thaler verzehrt hätte, so sollen ihr meine Erben ein Mehreres zukommen zu lassen nicht verbunden sein. Würde sie dagegen zur Zeit ihres Todes die ganze Summe noch nicht er-

hoben haben, so soll der Rest nach ihrem Ableben an ihre beiden Söhne, Heinrich und Christoph R., zu gleichen Theilen und auf gleiche Art in Terminen berichtigt werden, wie es deren Mutter empfangen haben würde." Am Schlusse hieß es noch „daß, falls diese Eheberedung als ein Vertrag unter Lebenden für kräftig und gültig wider Verhoffen nicht anzunehmen, dieselbe dennoch als gemeiner letzter Wille oder Schenkung auf den Todesfall oder wie es den Rechten nach sonst am kräftigsten geschehen könne, beständig sein und bleiben möge." — Nachdem die Ehe einige Jahre gedauert, starb zuerst die Frau, dann aber nur 10 Tage später auch ihr Ehemann. Seine beiden Stiefkinder, Heinrich und Christoph Reichen, fordern jetzt von den Koch'schen Erben jene 1400 Thaler. Ihrem Anspruche wird entgegengehalten, daß hier eine donatio *mortis causa* vorliege, wie aus den Worten des Documentes deutlich hervorgehe; als solche d. m. c. aber sei die Schenkung unwirksam, weil

1) die in c. ult. Cod. d. m. c. d. VIII. 57 vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden,

2) weil die Bedingung jeder d. m. c. (der frühere Tod des Schenkers) nicht eingetreten sei, denn Koch sei nach seiner Frau verstorben.

3) Auch als donatio inter vivos könne das fragliche Rechtsgeschäft nicht bestehen, da die gerichtliche Insinuation nicht geschehen, denn die Ehestiftung sei nicht gerichtlich confirmirt worden. Die Insinuation aber sei ausdrücklich auch für den Fall vorgeschrieben, wenn die Schenkung in einer jährlichen Rente bestehe und diese auf die beiderseitigen Erben sowohl des Schenkers, als des Beschenkten übergehen solle, wie hier der Fall —

c. 34 §. 4 Cod. de donat. VIII. 54:

> Sin autem etiam *heredum ex utraque parte* fuerit mentio — — — — tunc — — — excedere legitimum modum, et omnimodo *acta deposcere*, et aliter minime convalescere.

Kläger behauptet dagegen, die Schenkung lasse sich auch als don. inter vivos auffassen und sie habe keineswegs der Insinuation bedurft, weil es eine remuneratorische gewesen — mit Berufung auf die Worte: Zur Vergeltung erwiesener Liebe und Treue.

XLV. Am 30. Mai 1843 hatte die verwittwete Prinz, nachdem sie von dem Advocaten Merk an demselben Tage ein Darlehn von 500 Thalern gegen Verzinsung von 5 Proc. baar erhalten hatte, demselben, wie es in der Schenkungsurkunde hieß, „in Betracht, daß er ihr durch jenes Darlehn augenblicklich aus einer sehr großen Verlegenheit geholfen und dadurch wieder einen neuen Beweis seiner Anhänglichkeit an ihre Person gegeben habe, zugleich aber auch um der Zinszahlungen von besagtem Darlehn für die Folgezeit gänzlich überhoben zu sein, 500 Thaler auf den Fall ihres Todes unwiderruflich" geschenkt, mit der Bestim-

mung jedoch, daß ihr Merk bis zu ihrem Tode das erwähnte Darlehn unverzinslich lassen solle. Daneben war ausdrücklich gesagt, daß M. auch dieses Darlehn außer der geschenkten Summe fordern dürfe. Die Zahlung sollte aus dem für die Schenkgeberin in C. deponirten Vermögen geschehen, von welchem nach ihres Vaters Disposition bei Lebzeiten seiner Tochter Nichts am Stamme genommen werden durfte. Der Advocat Merk erklärte sein Einverständniß, bewilligte ihr den unverzinslichen Genuß des Darlehns und acceptirte dagegen ihr Versprechen der 500 Thaler; er bezog auch in der Folgezeit bis an ihren Tod keine Zinsen von jenem Darlehn. Am 7. Juli 1846 starb Frau Prinz, nachdem sie zuvor in ihrem Testamente ihren Neffen, den Dr. Wecker, zum Universalerben eingesetzt hatte. Da dieser die Auszahlung der 500 Thaler verweigert, so klagt Merk gegen ihn. Der Beklagte verlangt Abweisung dieser Klage, weil die angeführte Schenkung eine donatio mortis causa gewesen, denn es seien ja ausdrücklich die Worte

„auf den Fall des Todes"

dabei gebraucht worden. Als donatio mortis causa aber sei die Schenkung ungültig, weil ihr die nöthige Form fehle. Der Kläger beruft sich hiergegen auf den Zusatz: „unwiderruflich" mit Bezug auf:

l. 27 D. de m. c. don. 39. 6:

Ubi ita donatur mortis causa, *ut nullo casu revocetur*, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, et ideo *perinde* haberi debet, atque *alia quaevis inter vivos donatio.* Ideoque inter viros et uxores non valet etc.

Wegen dieses Zusatzes und weil Kläger die Schenkung sofort acceptirt habe, sei sie zu einer donatio inter vivos gestempelt worden, wenn es überhaupt eine donatio im engern Sinne wäre. Es fehle ihr aber dazu an dem Erforderniß der Bereicherung auf Seiten des Empfängers, weil er, Kläger, als Gegenleistung für jenes Versprechen, das Darlehn als ein unverzinsliches gelassen habe, zu dessen Verzinsung die Wittwe P. sich ursprünglich verpflichtet gehabt. Hätte sie nur noch 17 Jahre länger gelebt, so hätte er, Kläger, wegen der entbehrten Zinsen gar keinen Vortheil gehabt. Es habe mithin in jenem Versprechen der 500 Thaler nicht einmal eine Liberalität, geschweige eine donatio i. e. S. oder gerade eine don. mortis causa gelegen. Der Beklagte bestreitet die Eigenschaft des Zinserlasses als eine Gegenleistung, da das R.-R. den Erlaß künftiger Zinsen nicht als den Beschränkungen der donatio unterworfen ansehe (l. 23 pr. D. de don. 39. 5) und zwar deshalb nicht, weil darin keine „Veräußerung" liege.

XLVI. Die Wittwe Weber beauftragte ihren Stiefbruder, den Advocaten Horn, der in ihrem Auftrage 9000 Thlr. von ihrem Schuldner P. erhoben hatte, von dieser Summe 5000 Thlr. als ein Geschenk an seine beiden Schwestern auszuzahlen, 4000 Thlr. aber (gleichfalls als Geschenk) für sich zu behalten; jedoch wurde dabei verabredet, daß die Beschenkten,

so lange die Wittwe Weber lebe, ihr die geschenkte Summe mit 5 Procent verzinsen sollten. —

Später erhob jedoch die Wittwe W. die actio mandati directa gegen Horn auf Ablieferung der in ihrem Auftrage erhobenen 9000 Thlr. Gegen des Beklagten Berufung auf die an ihn und seine Schwestern geschehene Schenkung jener Summe bemerkt die Klägerin, diese Schenkung sei wegen mangelnder Insinuation ungültig gewesen und müsse ihr wenigstens der Betrag von 6200 Thlrn. pr. C. gezahlt werden, da die Schenkung an die beiden Schwestern als eine einzige zu betrachten sei.

Der Beklagte gesteht den Mangel der Insinuation zu, bestreitet jedoch deren Nothwendigkeit, theils weil Verzinsung verabredet worden, theils weil ein Schulderlaß vorliege und hinsichtlich der 5000 Thlr., weil mit diesen nicht er beschenkt worden, also auch die mangelnde Insinuation auf das Verhältniß zu ihm keinen Einfluß üben könne.

Sind diese Einreden begründet?

Die Wittwe W. wünscht zu wissen, ob sie gegen die Schwestern des H. klagen könne und auf welche Summe? Vergleiche:

l. 21 §. 1 D. de donationibus (39. 5):

(Celsus:) Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione, necne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest; quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego (si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint) habeo adversus debitorem meum recissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit; ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus. Sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem.

l. 3 §. 12 D. de donat. inter virum et uxorem (24. 1):

(Ulpianus:) Sed si debitorem suum ei solvere jusserit, hic quaeritur, an nummi fiant ejus, debitorque liberetur? Et Celsus lib. XV. Dig. scribit, videndum esse, ne dici possit, et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris. Nam et si donatio jure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret, nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari. Ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori; nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere.

l. 5 §. 3 D. eod.:

(Ulpianus:) Si debitor viri pecuniam, jussu mariti, uxori promiserit, *nihil agitur.*

XLVII. Am 17. Februar 1840 wurde folgende Urkunde von der Frau Marie Schmidt mit Genehmigung ihres Ehemanns, August Schmidt in S., über den ihr von ihrem Vater zugefallenen Kindestheil errichtet:

„Hierdurch bekenne und bescheinige ich, daß ich mit Genehmigung meines Mannes, August Schmidt, mich des mir laut Testaments meines

seligen Vaters, Johann Stephan Baumann in M. zugefallenen kindlichen Erbtheils dergestalt unter folgenden Bedingungen theilhaftig mache:

1) So lange ich und mein Mann, August Schmidt, am Leben bleiben, bleibt besagtes Erbtheil zu unserer beiderseitigen Disposition.

2) Sollte ich ohne Erben versterben, so fällt jedoch nach meines jetzt lebenden Mannes Tod besagter Erbtheil an meine Geschwister wieder zurück.

3) Bleibt es mir immer hierin eine freie Wahl, welchen von meinen Geschwistern ich solchen gebe und glaube ich die Bemerkung machen zu dürfen, denen bedürftigsten solches zu schenken.

4) Sollten wir beide jetzt Lebende hingegen, da Gott für sei, durch Unglücksfälle in den Stand gesetzt werden, obigen Erbtheil in Gebrauch zu nehmen, so bleibt es uns gleichfalls frei, obigen Erbtheil zu gebrauchen.

5) Sollte sich andererseits ein Zufall ereignen, daß wir in unsern beiderseitigen Lebzeiten für besagten Erbtheil liegende Grundstücke kaufen könnten oder sonst durch einen andern Fall diesen Erbtheil mit weit mehreren Zinsen nützen könnten, so bleibt es uns hierin eine freie Wahl, obigen Erbtheil dazu zu verwenden.

Zu mehrerer Sicherheit habe ich dieses mit meinem eigenhändigen Namen unterschrieben und damit eigenhändig bekräftigen wollen.

So geschehen zu M. d. 17. Februar 1840.

Marie Schmidt, geb. Baumann."

Dieser Act wurde in dem Amte P. bestätigt und darüber nachstehende Registratur in das Amtshandelsbuch aufgenommen:

„Actum M. d. 18. Februar 1840.

Praes. Herrn Amtmann K.. et me Amtschreibern.

Im heutigen, zur Eröffnung des von weiland Gastwirth Stephan Baumann hierselbst unterm 15. vor. Mon. bei hiesigem Amte deponirten Testaments anberaumten Termins erschienen des Defuncti Wittwe und von ihren 7 Kindern die 5 erwachsenen, als Marie verehelichte Schmidt aus S., Josephine verehelichte Peter hierselbst, Bernhard, Clemens und Marianne und übergab nach geschehener Prüfung jener väterlichen Disposition die verehelichte Schmidt aus S. eine in Ansehung ihrer in besagter Disposition nach bestimmten Erbschafts-Raten ad 1500 Rthlr. auf ihre sämmtlichen sechs Geschwister unterm 17. hujus ausgestellte und von ihrem Manne unterm 16. ejusdem genehmigte Schenkung, mit der Bitte, solche Amtswegen zu confirmiren und da dieselbe heute ihre Abfindung durch Cession

a) eines B..schen Wechsels über 1000 Rthlr. und

b) eine landschaftliche Obligation über 500 Rthlr. Münze

sofort erhielt, so zeigte dieselbe zur Erläuterung obiger Schenkung unter Lebendigen annoch an, wie

1) dieselbe per supervenientiam liberorum ihre volle Kraft verlöre;

2) ihr und ihrem Manne vorbehalten bleiben sollte, ob sie die qu. 1500 Rthlr. ihren sämmtlichen Geschwistern oder welchen von diesen zuwenden wollte; falls aber

3) vor beiderseitigem Ableben hierüber nicht disponirt wäre, so fielen alsdann diese 1500 Rthlr. ihren sämmtlichen Geschwistern aequaliter zu; übrigens solle
4) diese Schenkung per supervenientiam liberorum, die ihr Mann etwa in einer zweiten Ehe erzeugen würde, nicht entkräftet werden.

Anwesende acceptirten für sich und ihre jüngern Geschwister obige Schenkung unter den Lebendigen unter den dabei gemachten Reservationen.

Resolutum.

Vorstehende donatio inter vivos wird Amtswegen salvo jure cujusvis hiermit bestätigt, nachdem dieselbe wörtlich vorgelesen und vorstehender Maaßen erläutert worden.

Actum ut supra

in fidem H......

Nachdem Frau Marie Schmidt ihren Ehemann August Schmidt überlebt und beerbt und darauf sich von Neuem verheirathet hatte, mit Dr. K., errichtete sie zu Gunsten des Letztern ein Testament, dem sie unterm 13. Juli 1852 einen Nachtrag hinzufügte. In diesem widerrief sie ihre frühere Disposition über den väterlichen Erbtheil zu Gunsten ihres künftigen Testamentserben, ihres Ehemanns Dr. K. — Als dieser nach seiner Frau Ableben von den Geschwistern derselben auf Zahlung der 1500 Rthlr. in Anspruch genommen wurde, beschloß er, die sofortige Zahlung oder die Verweigerung derselben von dem Ausfalle eines Gutachtens abhängig zu machen, wobei namentlich die Frage beantwortet werden sollte: Ob im fraglichen Falle eine Schenkung unter Lebenden oder von Todeswegen vorliege?

Welches Gutachten würde dem Dr. K. zu geben sein? —

XLVII a. Der Schmiedemeister S. in B. erklärte in einer bei Gelegenheit der Verheirathung seiner Tochter Caroline mit dem Drechsler L. geschlossenen, ohne Zuziehung des Gerichts oder irgend welcher Zeugen verfaßten Ehestiftungsurkunde, er gebe seiner genannten Tochter „jetzt gleich eine Mobiliarausstattung, wie sie deren verheirathete Schwestern gleichmäßig erhalten haben, mit, und bestimme ihr eine fernere Mitgift von 250 Thlrn., welche ihr aber erst nach des Vaters Tode ausgezahlt werden sollen.“ Nach dreijähriger Ehe verstarb Caroline L. kinderlos und setzte ihren Ehemann zum alleinigen Erben testamentarisch ein. Kurz danach verstarb auch der Schmiedemeister S. und wurde von seinen zwei verehelichten Töchtern und einem Sohne beerbt. Deren Schwager, Drechsler L., forderte nun durch Klage von jedem $1/3$ der seiner verstorbenen Ehefrau ausgesetzten 250 Thlr. unter der ausdrücklichen Behauptung, daß sowohl letztere als er selbst das urkundliche Versprechen ihres Vaters seiner Zeit acceptirt habe. Beklagte gestanden dieses letztere auch zu, behaupteten aber doch nichts schuldig zu sein, weil das Versprechen des Vaters als Schenkung auf den Todesfall erscheine, als solche durch den früheren Tod der Beschenkten wirkungslos geworden sei und von Anfang an der gesetzlichen Form entbehrt habe. „Abgesehen hiervon würde einem

derartigen Versprechen der Natur der Sache nach die conditio tacita zu unterstellen gewesen sein, daß beim Tode des Promittenten die Ehe noch bestehe, denn es sei Bestimmung der Mitgift, daß sie die ehelichen Lasten erleichtern helfe, welche Bestimmung gar nicht realisirt werden könne, wenn die Ehe bereits wieder aufgehört habe, ehe und bevor die Mitgift zahlbar werde."

Die einschlagende Particulargesetzgebung schreibt für „Eheberedungen der Brautleute" vor, daß diese „entweder vor Gericht oder drei unpartheiischen Zeugen aufgerichtet werden sollen", ohne Nullität derselben im Falle Mangels dieser Form auszusprechen.

Wie ist zu entscheiden?

---

§. 73—76.

S. unten zu §. 89—92 und §. 155—161.

§. 77.

XLVIII. Auf welche Fragen kommt es in den nachfolgenden 4 Fällen an und wie sind sie zu beantworten?

1) Die Gemeinden H. und Z., welchen die Rindviehhut in einer landesherrlichen Waldung zusteht, klagen gegen die Schafhalter zu W., weil diese sich die Schafhut an dem nämlichen Orte in neuern Zeiten angemaßt hätten, auf Aberkennung dieses Rechts zu dieser Hut. Um den ihnen auferlegten Beweis des geläugneten Klaggrunds zu führen, ließen sie Zeugen abhören, von denen der älteste 78, der jüngste 58 Jahre alt ist und es wird hierauf vom Gericht erkannt, „daß, da aus den Zeugen„aussagen hervorgehe, daß die fraglichen Huten vor 24 bis 30 Jahren „ausschließlich Rindviehhuten gewesen seien, daher von den Klägern „der Beweis des ausschließlichen Hutrechts, als mittelst unvor„denklicher Verjährung längst erworben, durch die Zeugen, welche „das Ausgesagte theils aus eigener Wahrnehmung, theils von den Hirten „selbst, auch nie das Gegentheil von ihren Vorfahren gehört hätten, „nothdürftig geführt worden sei, die Verklagten sich des Hütens mit ihren „Schafen an jenem Orte zu enthalten schuldig seien." — Stimmt dieses Erkenntniß mit richtigen Grundsätzen über unvordenkliche Zeit? —

2) A. behauptet und kann beweisen, daß in dem obern Theile des Dorfes W. sich ein Wasser bilde, welches über den durch das Dorf führenden Weg gehe, jenseits desselben an mehreren Hofstellen vorbeifließe und demnächst mit einem andern Wasser vereinigt durch einen Graben in seine (des A.) Wiese trete und hier von ihm durch Stauen zur Bewässerung der Wiese benutzt werde. Jetzt habe B. den Graben (der früher zur Ausbesserung des Wegs angelegt worden) zugedämmt und das Wasser durch einen Abzugsgraben nach seiner (des B.) Wiese geleitet. — Kann A. auf diese Thatsachen hin eine Klage, gestützt auf Erwerb durch unvordenkliche Zeit, gegen B. erheben? —

3) Auf den Grund mehrerer Urkunden aus dem XVI. und XVII. Jahrhundert, vermöge deren eine Anzahl benannter Gemeinden dem Universitätsvogte zu M. nach vorgängiger Aufforderung gewisse Dienste zu leisten verpflichtet waren, klagt die Universität zu M. gegen jene Gemeinden, welche die Dienstleistung verweigerten, auf Verurtheilung derselben zu dieser Leistung.

Die Verklagten berufen sich hiergegen auf durch unvordenkliche Verjährung erworbene Befreiung von jenen Diensten, weil sie dieselben seit Menschengedenken nicht geleistet, *ja nicht einmal dazu aufgefordert worden*.

4) In einem Rechtsstreite, welcher durch mancherlei Ereignisse über ein halbes Jahrhundert fortdauerte, war die im J. 1791 erhobene Klage auf unvordenkliche Verjährung gestützt. Die Abhöung der Zeugen darüber erfolgte aber erst im J. 1820, wo dieselben sämmtlich das Alter von 50 Jahren erreicht oder überschritten hatten. Dennoch wurde vom Gerichte als ein wesentlicher Grund, warum deren Aussagen nicht berücksichtigt werden könnten, ihr unzureichendes Alter geltend gemacht, nämlich weil sie „zur Zeit der Klage noch nicht das erforderliche Alter gehabt." Ist diese Entscheidung richtig? —

S. unten zu §. 137—139 und §. 186—188.

Viertes Capitel. Der Schutz der Rechte.

§. 80.

XLIX. Der Hausbesitzer N. in Dresden klagt gegen den Stadtrath daselbst als Besitzer der städtischen Gasbereitungsanstalt, weil durch diese unmittelbar an seine Besitzung stoßende Anstalt

1) sein Garten mit dicken Rauchwolken angefüllt werde, so daß man nicht im Stande sei, in demselben zu verweilen. Ja, sogar die Fenster des Hauses müsse er verschließen, um es in den Stuben aushalten zu können und der Rauch sei gerade Abends am stärksten — also zu einer Zeit, wo man im Sommer am liebsten im Garten sich aufhalte und die Fenster öffne.

2) Der Rauch enthalte ein den Gartengewächsen nachtheiliges Miasma, die davon eine bleiche Farbe bekommen und am Ende ganz eingehen.

3) Eine Trocken- und Bleich-Anstalt, die bisher den hauptsächlichsten Nutzen des Gartens ausgemacht, habe seit Errichtung der Gasanstalt ganz aufgegeben werden müssen.

4) Auch die Gesundheit der Bewohner leide.

5) Die Gegenstände im Hause werden durch den eindringenden Dampf verunreinigt und verdorben.

6) Das Brunnenwasser aus dem Garten werde durch das Gas, welches in den Boden eindringe und sich mit dem Wasser vermische, ganz ungenießbar gemacht, ja selbst für die Gesundheit nachtheilig.

Dagegen bemerkte der Beklagte Folgendes:

Als Rechtsverletzung könne nur eine rechtswidrige Handlung erscheinen — nicht aber die Ausübung eines Rechts. Für diesen Fall gelte der Satz:

Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.

Von diesem Satze sei bezüglich des Eigenthums, abgesehen von solchen Bestimmungen, welche Anwendungen des Princips: quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id potes compelli, nur eine Ausnahme gesetzlich sanctionirt in

l. 8 §. 5 D. si serv. vind. (8. 5):

Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se, ex taberna casearia fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait, et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim *alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.* Fumi autem sicut aquae esse *immissionem;* posse igitur superiorem cum inferiore agere, jus illi non esse, id ita facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, jus illi non esse, in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant.

In dieser Stelle sei nun, abgesehen von dem hier ganz gleichgültigen Falle des lapidem caedere, nur

1) ein *immittere* fumum, die künstliche Leitung des Rauchs auf das benachbarte Grundstück verboten, woraus doch gewiß keine Anwendung auf den Fall gemacht werden könne, wenn der Rauch zufällig, z. B. durch Wind, hinübergetrieben werde, wie dieß im vorliegenden Falle geschehe.

2) Was aber das Gas betreffe, so finde darauf l. 8 §. 5 keine Anwendung, denn dort sei das immittere einer res *corporalis* im Römischen Sinne dem Eigenthümer untersagt, das Gas aber sei etwas Unkörperliches, eine res *in*corporalis.

3) Insbesondere den Brunnen anlangend, so sei die Inficirung der Quelle keine Verletzung des fremden Eigenthums. Denn dieselbe sei ja unter dem Boden, nach Römischem Rechte habe aber der Nachbar sogar das Recht, dem Nachbar das auf dessen Grund und Boden zu Tage kommende Quellwasser durch Abgrabung auf dem eignen Grundstücke ganz zu entziehen, wie vielmehr müsse die Verunreinigung desselben erlaubt sein.

l. 1 §. 12 D. de aqua et aq. pl. arc. (39. 3):

Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

l. 24 §. ult. D. de damn. inf. (39. 2):

Item videamus, quando damnum dari videatur — — — utputa in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei tui praecisae sunt: an tenear? Ait Trebatius, non teneri me damni infecti: *neque* enim existimari, operis mei vitio *damnum* tibi *dari* in ea re, *in qua jure meo usus*

sum. Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

Dagegen beruft sich der Kläger auf:

l. 3 pr. D. de aqua etc. (39. 3):

Apud Trebatium relatum est, eum, in cujus fundo aqua oritur, fullonicas circa aquam instituisse et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse: ait ergo, non teneri eum aquae pluviae arcendae actione. Si tamen aquam conrivat, vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri plerisque placuit.

Vgl. a. l. 19 pr. D. de serv. pr. urb. (8. 2). l. 13 l. 17 §. 2 D. si servitus vind. (8. 5).

L. Der Hausknecht Müller ließ sich eines Abends in der Schenke von dem Schmiedegesellen Albrecht überreden, dem Letztern seine Uhr für 11 Thaler abzukaufen. Das Geld sollte Müller am andern Tage Abends, wo sie an demselben Orte zusammentreffen wollten, mitbringen und dagegen die Uhr in Empfang nehmen. Beide Theile stellten sich auch wirklich zur festgesetzten Zeit im Wirthshause ein, Müller aber wollte von dem Handel Nichts mehr wissen, weil er sich überlegt habe, daß er jetzt noch ohne Uhr auskommen und das Geld besser brauchen könne; vielleicht komme er später einmal billiger zu einer Uhr. Darüber kam es zu einem heftigen Wortwechsel, dem endlich Müller durch sein Fortgehen ein Ende machen wollte. Als er dabei sein ledernes Beutelchen, etwa 5—6 Thaler enthaltend, hervorzog, um seine Zeche zu bezahlen, entriß ihm Albrecht dieses, indem er hinzufügte, er nehme dieß auf Abschlag, den Rest der Kaufsumme möge ihm Müller noch bringen und dagegen die Uhr in Empfang nehmen. Außerdem würde er gar Nichts bekommen, weder die Uhr, noch den Inhalt des Beutelchens. Müller klagt deshalb und Albrecht wird wegen unerlaubter Selbsthülfe zu 14tägiger Gefängnißstrafe und Rückgabe des genommenen Geldes verurtheilt, auch seiner Ansprüche aus dem Kaufcontracte mit Bezug auf das decretum Divi Marci für verlustig erklärt. Was es mit der Uhr werden solle, darüber enthielt das Urtheil Nichts. Als nun aber Albrecht seine Strafe abgesessen und das Geld zurückgeliefert hatte, so klagte Müller von Neuem, jetzt aber auf Herausgabe der Uhr. Diesen Anspruch suchte er auf folgende Art zu begründen: Das decretum Divi Marci entziehe dem Gläubiger, der sich eigenmächtig bezahlt mache, seine Forderung, darin liege wohl bei einseigen, nicht aber bei zweiseitigen Obligationen eine Strafe für den Gläubiger, auf die es dabei doch abgesehen sei, wenn er damit zugleich auch von der ihm obliegenden Verbindlichkeit befreit würde, denn vorausgesetzt, daß z. B. bei einem Kaufe der Preis der Waare entsprechend gewesen, so würde der Verkäufer gar keinen Nachtheil erleiden, wenn er für eigenmächtiges Sichbezahltmachen zwar mit Verlust seiner Forderung bestraft, aber zugleich auch von seiner Verpflichtung, die Sache zu liefern, befreit würde. Wenn also doch das decr. D. Marci eine Strafe

festsetzen wolle, wenn es den Eigenthümer, der sich eigenmächtig in Besitz seines Eigenthums setzt, mit Verlust desselben bestrafe, dem vermeintlichen Eigenthümer aber, der sich an einer fremden Sache vergreife, auflege, den Werth dieser Sache noch dazu außer der Sache herzugeben, so müsse dem entsprechend bei einer zweiseitigen Obligation der eigenmächtige Gläubiger neben dem Verluste seiner Forderung zu seiner Leistung noch verpflichtet bleiben. Der Beklagte beruft sich dagegen auf

l. 50 D. de act. emti et vend. 19. 1.

(Labeo): Bona fides non patitur, ut cum *emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset*, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur (al. compellatur) et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret: utpote cum petenti eam rem emtor exceptionem rei venditae et traditae objiciat, ut perinde habeatur, ac si petitor neque vendidisset, neque tradidisset.

Was ist hier unter legis beneficium verstanden? Kann diese Stelle für den Beklagten benutzt werden? Wie wäre zu entscheiden, wenn der Beklagte die Uhr dem Kläger bereits gegeben hätte und sie zurückfordern wollte? Würde der Kläger dadurch, daß er alsdann Beklagter wäre, besser gestellt sein?

81.

LI. Der Schreiner Sebald im Württembergischen errichtete im März 1844 mit seiner Ehefrau ein gegenseitiges Testament, in welchem beide Theile über ihr beiderseitiges Vermögen verfügt und bestimmt haben, daß sie einander wechselseitig zu Erben dergestalt einsetzen, „daß nach Ableben des einen Ehegatten dem überlebenden Theile das Ganze, d. h. beide Vermögen, ungetheilt verbleiben und darüber die unbeschränkte Befugniß der Verfügung als Eigenthümer zustehen solle. Nach dem Tode des zuerst Versterbenden solle keine Versiegelung noch Vermögensinventur vorgenommen werden, noch der Ueberlebende zur Caution gegen die Seitenverwandten des Verstorbenen verbunden sein. Wenn aber auch der Ueberlebende gestorben sei, so solle die Verlassenschaft nach dem Betrage, den sie alsdann haben würde, unter die beiderseitigen Seitenverwandten so vertheilt werden, daß jeder Stamm die Hälfte bekomme.“ Am 13. Juni 1844 starb der Ehemann und seine Wittwe beabsichtigte, sich wieder zu verheirathen. Darauf traten drei Halbgeschwister des Mannes mit ihren Ansprüchen hervor und die Wittwe fand sie mit 200 fl. ab. Jetzt treten andere Verwandte ihres Mannes auf, und da die Wittwe sich nicht auch mit ihnen abfinden will, so klagen jene und bitten, die Wittwe S. „schuldig zu erklären,“ die Erbansprüche der Kläger anzuerkennen und die Kläger auf dieselbe Weise, wie die drei andern Halbgeschwister ihres Mannes abzufinden. Sie bemerkten zur Rechtfertigung des auf „Anerkennung“ gestellten Petitums, daß nach der Meinung angesehener Rechts-

lehrer auch eine Klage auf bloße Anerkennung einer Forderung zulässig sei, auch von dem Obertribunale zu Stuttgart in einem ganz ähnlichen Falle für diese Ansicht entschieden worden.

Es hatte nämlich die Gemeinde Zavelstein gegen die Finanzkammer geklagt: auf Anerkennung eines Rechts, bei nothwendigen Bauten rücksichtlich des Pfarr- und Schulhauses das nöthige Holz unentgeltlich der klagenden Gemeinde zu liefern. Der Fall eines solchen nothwendigen Baues war damals noch nicht eingetreten gewesen, sondern die Klägerin hatte nur anführen können, daß eine Erweiterung ihres Schulhauses oder ein Neubau in sehr naher Aussicht stehe, und daß sie, da die Beklagte das Recht bestreite, schon jetzt ein Interesse habe, die Anerkennung zu erzwingen, weil der Bau, wenn er in Kurzem sich nöthig machen würde, dann nicht durch einen langen Proceß aufgehalten werden dürfe, sondern dann bereits Alles entschieden sein, auch das Holz bereit liegen müsse.

§. 89—92.

LII. Der Ackerwirth Michael Hirsch war durch ein am 10. Juli 1807 eröffnetes gerichtliches Erkenntniß vom 8. Oct. 1806 verurtheilt worden, sein Grundstück an v. P. binnen 4 Wochen zu Eigenthum zu übergeben. Das Erkenntniß kam jedoch nicht zur Ausführung, vielmehr blieb Michael Hirsch auch noch ferner im Besitze des Grundstücks, das jedoch bei seinem am 13. September erfolgten Tode auf seinen Sohn, Christian Hirsch, überging. Erst am 5. Juli 1843 nahm die Gräfin K. als Erbin des v. P. auf Grund des erwähnten Judicats den jetzigen Besitzer, Christian H., wegen Herausgabe des Grundstücks in Anspruch. Dieser wandte ein, daß die Klage bereits am 11. Juli 1837 verjährt sei, daß er aber auch abgesehen davon das Grundstück pro herede ersessen habe. — Die Klägerin ist jedoch der Meinung:

1) die Klage sei noch nicht verjährt, weil es die actio judicati sei, die erst in 40 Jahren verjähre;

2) weil während der Verjährungszeit zweimal ein Justitium eingetreten sei, einmal vom 31. Januar bis zum 8. Dec. 1808, dann vom 6. Februar bis zum 30. November (incl.). Dieß zu den 30 Jahren hinzugerechnet, sei die Klage erst am 16. März 1839 verjährt, an diesem Tage aber sei die Klage, also noch rechtzeitig, eingereicht worden.

3) der Beklagte sei in mala fide gewesen, denn wegen des Urtheils hätte er das Recht der Klägerin oder ihres Erblassers kennen müssen, dadurch sei auch sein zweiter Einwand der Ersitzung ausgeschlossen. Der Beklagte stellt jedoch in Abrede, von dem Urtheil gewußt zu haben. — Was ist über die Zulässigkeit der Klage und der Einrede zu sagen?

LIII. Als im Jahre 1782 der Advocat v. R. in Volkmarsen starb, wurden der Bürgermeister D. und die Bürger A. und L. daselbst zu Vormündern der von jenem hinterlassenen minderjährigen Kinder bestellt.

Diese klagten später, nachdem sie volljährig geworden, gegen ihre Vormünder auf Rechnungsablage und wirkten auch Erkenntnisse aus, welche die Beklagten verurtheilten, das auf eine bestimmte Summe festgesetzte Vermögen an Kläger auszuzahlen, und welche rechtskräftig wurden. Im Juni 1794 wurde endlich auf Antrag des Klägers der Executions-Auftrag ertheilt. Dagegen appellirten zwar die Beklagten, aber die Appellation wurde am 12. Dekember desselben Jahres zurückgewiesen. Darauf wurde am 24. Februar 1796 der Vollziehungsauftrag erneuert, es kam aber nicht zur Ausführung desselben. Erst am 25. Februar 1836 baten die Kläger um nochmaligen Warnungsbefehl an Beklagte und diese Klage ward am folgenden Tage den Beklagten insinuirt. Diese schützten die Einrede der Verjährung vor. Wollte man auch hier die Verjährungszeit der Litispendenz annehmen, was jedoch nicht zulässig, weil hier der Proceß durch rechtskräftiges Urtheil beendet gewesen, so wäre auch dieser Zeitraum von 40 Jahren bereits am 25. Februar 1836 abgelaufen. Die Kläger dagegen behaupten

1) es müsse hier die 40jährige Verjährung Anwendung finden; —

2) der 40jährige Zeitraum sei erst am Ende des 26. Februar abgelaufen, weil der 24. als Schalttag mit dem 25. für einen Tag gerechnet werde. —

LIV. A. klagt gegen B. in einer am 18. Juli 1846 präsentirten, am 24. August desselben Jahres dem Beklagten insinuirten Klage auf Quittung über ein von ihm an des Beklagten Erblasser bereits am 10. Sept. 1806 bezahltes Kapital von 237 Thalern und Löschung der dafür bestellten Hypothek. Der Beklagte behauptet jedoch, die Befugniß, die Löschung der Hypothek zu fordern, sei verjährt, denn mit der Zahlung, also am 10. Sept. 1806, sei actio nata gewesen und seitdem seien 30 Jahre verflossen. Dagegen beruft sich Kläger

1) auf die Unverjährbarkeit der actio pigneraticia directa,

2) auf die Bestimmung des kanonischen Rechts, daß mala fides die Verjährung ausschließe

c. 20 X. de praescript. (2. 26):

> Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Dieß passe wenigstens auf den Erblasser des Beklagten, der im Jahre 1816 am 4. August gestorben war, und in dessen mala fides sei der Beklagte als Erbe eingetreten.

3) Umgekehrt vielmehr müsse man sagen, das hypothekarische Recht des Beklagten sei, wenn man auch von der Zahlung, und ob sie den gan-

zen Betrag des Kapitals enthalten, absehen oder die Klage auf Löschung für verjährt erklären wollte, durch Verjährung untergegangen und könne darum die Löschung nicht verweigert werden. Denn die actio hypothecaria sei am 9. September 1806 als dem Zahlungstermin für das erwähnte Kapital actio nata gewesen, und, da der Beklagte erst am 23. October 1846 sich geweigert habe, die Hypothek löschen zu lassen, so sei die Klage und damit nach der richtigen Ansicht auch das Recht selbst erloschen.

LV. Auf dem Roßmarkte zu M. kaufte am 12. Juli 1847 der in der Nähe wohnende Oeconom Schmidt von dem Roßtäuscher Hederich ein Pferd für 300 Thaler, gegen deren Bezahlung er das Pferd überliefert bekam, das er auch sofort mit nach Hause nahm; auf demselben Jahrmarkte hatte er auch von einem herumziehenden Juden K. ein Fernrohr für 26 Thaler gekauft. An dem Pferde bemerkte er schon einige Tage darauf, daß es den Staar habe, der Roßtäuscher war aber bereits aus jener Gegend verschwunden; über das Fernrohr jedoch wurde er erst am 15. Juli 1848, als er mit befreundeten Familien eine Landpartie machte, belehrt, daß es ganz schlechte Gläser ent alte und mit 15 Thlr. reichlich bezahlt sei. Als darauf zu Ende Augusts desselben Jahres sowohl der Roßtäuscher als der Jude K. in dem Städtchen M. sich wieder zeigten, klagte Schmidt gegen Beide, es wird ihm jedoch 1) von dem Roßhändler H. entgegengesetzt, die ädilicischen Klagen seien schon verjährt, worauf Schmidt erwiedert, er habe nicht eher klagen können, weil H. verschwunden und von seinem Aufenthalte keine Spur zu entdecken gewesen. 2) Von K. wird gegen die Klage gleichfalls bemerkt, daß sie verjährt sei, zugleich aber auf den Einwand der Unmöglichkeit rechtlicher Verfolgung geantwortet, der Beklagte habe sich mehrmals, nämlich am 12.—18. December 1847 und am 14.—16. März 1848 in M. aufgehalten. Schmidt vertheidigt sich dagegen: 1) mit der Unkenntniß des Mangels, weshalb er damals noch nicht habe klagen können; 2) mit Berufung darauf, die Klage sei bereits am 15. Juli bei dem Gerichte zu M. eingereicht, für den Fall, daß K. wieder nach M. kommen sollte; daß sie dem Beklagten erst Ende Augusts insinuirt worden, sei gleichgültig, die Verjährung sei rechtzeitig unterbrochen. —

LVI. Der Oberschultheiß Schneider im Hessischen hinterließ bei seinem 1792 erfolgten Tode sein Gut zwei Söhnen, deren einer, der Notar Schneider, noch im December desselben Jahres die auf ihn gefallene Hälfte an die Wittwe des Amtmanns Collmann veräußerte. Im April des Jahres 1822 erhob die Wittwe des im J. 1814 verstorbenen Notars im Namen ihrer zwei Kinder als deren Vormünderin wider die Wittwe Collmann die Vindication jenes verkauften Antheils. Gegen die von der Beklagten vorgeschützte exceptio rei venditae et traditae, replicirte Klägerin, die Uebertragung sei nicht gerichtlich bestätigt,

auch sei dieselbe wegen Verletzung über die Hälfte ungültig gewesen. Die Klage wurde jedoch zurückgewiesen, weil eine Bestätigung nicht erforderlich gewesen, die laesio enormis aber, da sie mit dem Fundamente der angestellten Klage nicht zu vereinigen sei, in einer selbständigen Klage geltend gemacht werden müsse. Nachdem der Sohn im Jahre 1836, die Tochter 1838 volljährig geworden, reichten sie im J. 1839 eine neue auf Auflösung des von ihrem Vater mit der Wittwe Collmann im December 1793 geschlossenen Vertrags ein. Der beklagte Erbe der Wittwe C. stellte der Klage die Einrede der Verjährung entgegen, worauf von Seiten der Kläger erwiedert wurde:

1) während ihrer beiderseitigen Minderjährigkeit habe die Klagverjährung geruht und sei daher die Zeit von 30 Jahren noch gar nicht abgelaufen;

2) im Jahre 1823 sei die Verjährung durch Anstellung der Vindication Seitens ihrer Mutter unterbrochen, wobei in der Replikschrift auch der Anspruch aus der laesio enormis geltend gemacht worden; seitdem aber seien noch keine 30 Jahre abgelaufen. Die Beklagten wenden ein, es sei dieß keine Unterbrechung gewesen, weil die Klage bereits im Jahre 1823 verjährt gewesen. Auch sei die Anstellung einer dinglichen Klage nicht geeignet, die Verjährung einer persönlichen Klage zu unterbrechen. Diese letzte Bemerkung suchen Kläger als unrichtig darzustellen durch Anführung der

l. 3 Cod. de ann. exc. etc. VII. 40,

wo es am Schlusse heißt:

Sancimus itaque — — qui obnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causae mentionem habentem, vel *unius quidem specialiter*, *tantummodo* autem *personales* actiones, vel *hypothecarias* continentem, nihilominus videri *jus suum omne* in judicium deduxisse et esse *interrupta temporum curricula*.

Auch sei das fragliche persönliche Recht aus der laesio enormis in einer besondern processualischen Schrift geltend gemacht worden; daß diese den Namen „Replikschrift," nicht „Klagschrift" geführt habe, sei für die Unterbrechung der Verjährung gleichgültig.

Es fragt sich:

1) Mußte die Verjährung unterbrochen werden, wenn sie nicht im J. 1839 abgelaufen sein sollte?

2) War im Jahre 1823 eine Unterbrechung noch möglich?

3) Kann die Anstellung der rei vindicatio und die Erwähnung des jetzt eingeklagten Rechts in der Replikschrift als eine genügende Unterbrechung gelten? Es ist dabei insbesondere auf eine genaue Interpretation der l. 3 cit. einzugehen.

LVII. Der Hofrath Besser mahnte den Literaten A. im Jahre 1847 an Bezahlung einer ihm im Jahre 1806 geliehenen Summe von 500 Tha-

lern, die er jetzt, nachdem er seinen Vater beerbt, leicht werde zurückgeben können. A. wollte sich des Empfangs jener Summe nicht erinnern, weshalb Besser gegen ihn eine Klage einreichte. In der Gegenschrift des Beklagten wurde besonders hervorgehoben, wenn wirklich das fragliche Darlehn gegeben worden, so sei jedenfalls die Klage verjährt, da nach Klägers eigner Angabe dieß im Jahre 1806 geschehen sein sollte. Im Augenblick, wo das Darlehn in Empfang genommen werde, sei die Klage auf Rückgabe desselben nata. Wollte man selbst annehmen, der Zeitpunct der actio nata sei die Zeit der Kündigung, so müsse doch hierbei der bekannte Satz Anwendung finden:

Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris.

Es würde dieß jedoch ganz falsch sein, denn es könne ganz ohne Zweifel schon vor der Kündigung geklagt werden, wie dieß auch schon von demselben Gerichte in einem kürzlich vorgekommenen Falle angenommen sei. Es hatte nämlich R. aus einer von T. ausgestellten Schuldverschreibung, in welcher die Zurückforderung des Kapitals auf die Bedingung vorgängiger halbjähriger Kündigung gestellt war, ohne vorhergegangene Kündigung auf Zahlung des Kapitals mit rückständigen Zinsen geklagt und es war auch in dem nach Ablauf eines halben Jahres publicirten Erkenntnisse der Beklagte dem Klagantrage gemäß condemnirt worden. Dieß sei auch zum Ueberfluß noch durch besondere Gesetze ganz außer Zweifel gesetzt, so durch

l. 94 pr. §. 1 D. de solut. (46. 3):

Si is, cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris pergat petere, quod sibi debeatur, nec offerat, quod accepit, exceptione doli summovebitur. §. 1. Sin autem communes nummos credam aut solvam, *confestim* pro parte mea *nascetur et actio* et liberatio.

Das werde bestätigt durch die entsprechende Bestimmung für das Depositum in

l. 1 §. 22 D. depos. (16, 3):

Est scriptum, eum, qui rem deposuit, *statim posse depositi actione agere*, hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat.

Ist die vorgeschützte Einrede der Verjährung begründet?

LVIII. Carl Schmidt war von dem Gutsbesitzer M. im Jahre 1793 als Jäger engagirt und ihm dabei unter Anderem alle zwei Jahre eine neue Livree versprochen. Diesem Versprechen gemäß erhielt er zwar im J. 1795, jedoch später ungeachtet der dringendsten Mahnungen (gegen welche ihm bemerkt wurde, daß durch jenes Versprechen keine rechtliche Verpflichtung habe übernommen werden sollen) nie wieder eine neue Livree, sondern mußte sich solche wiederholt auf eigne Kosten anschaffen, was ihm

jedes Mal auf 40 Thaler zu stehen kam. Als im Jahre 1839 sein Herr gestorben war, klagte er im folgenden Jahre gegen dessen Erben auf Entschädigung wegen Nichterfüllung jenes Versprechens, welche Entschädigung er nach Maaßgabe der von ihm gemachten Auslagen auf 1080 Thlr. anschlug.

Die beklagten Erben schützten die Einrede der Verjährung hinsichtlich der ganzen Forderung vor.

Wie steht es mit der Zulässigkeit dieser Einrede im vorliegenden Falle?

Vgl. l. 7 §. ult. Cod. de praescr. trig. v. quadr. ann. (VII. 39):

(Justinianus:) In his etiam promissionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.

---

§. 97.

LIX. X. stellt gegen Z. eine Klage auf Herausgabe eines Ochsens an, den er gegen einen andern eingetauscht habe. Er habe seinerseits schon längst erfüllt und verlange nun, daß Beklagter gleichfalls der Verabredung gemäß erfülle. Der Letztere schützte vor, es sei der Tausch mit dem Vorbehalte abgeschlossen worden, daß der vom Kläger zu liefernde Ochse erst vom Beklagten probirt und dann, wenn er ihm gefiele, der Vertrag als definitiv abgeschlossen betrachtet werden solle. Der Kläger stellt die Behauptung in Abrede, acceptirt übrigens das Geständniß des abgeschlossenen Handels.

Wie ist die Beweislast zu bestimmen?

LX. Der Dorfnachbar Johann Andreas Lux in Sättelstädt klagt gegen den Gastwirth Müller in X. auf Bezahlung einer Schuld von 300 Thalern auf Grund eines ihm ausgestellten Schuldscheins. Der Beklagte gesteht zu, 300 Thaler von einem Johann Andreas Lux in Sättelstädt erhalten und demselben den producirten Schuldschein ausgestellt zu haben, läugnet aber, daß dieser J. A. L. der Kläger sei. Es gebe noch einen anderen Johann Andreas Lux in Sättelstädt, gleichfalls Landwirth, und dieser sei sein Gläubiger.

Wie verhält es sich hier mit der Beweislast?

LXI. Als im Jahre 1845 der Kaufmann Schulze ohne Testament verstarb, setzte sich sein Bruder, der Apotheker Schulze, in Besitz des Nachlasses. Es traten jedoch gegen ihn A., B. und D. als Gläubiger des Malers Schulze, des einzigen Kindes des verstorbenen Kaufmanns

S., mit dem Anspruche auf Herausgabe der diesem angefallenen Erbschaft, aus der sie Befriedigung suchten, hervor. Der Beklagte entgegnete, sein Neffe sei bereits im Jahre 1825 auf einer Reise um die Welt umgekommen, denn von dem Schiffe, mit dem er gefahren, sei nie wieder etwas gehört oder gesehen worden, es sei auch dafür als für ein zu Grunde gegangenes Schiff die Assecuration ausgezahlt worden. Mithin habe er seinen Vater nicht überlebt, also auch nicht beerben können. Die Gläubiger stellen dieser Behauptung Folgendes entgegen: Zugegeben, daß Alles sich verhalte, wie der Gegner anführe, so folge daraus nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit, daß der Maler S. gestorben, bewiesen und zur Gewißheit erhoben sei es dadurch noch bei Weitem nicht. So lange aber diese Gewißheit nicht erlangt sei, müsse angenommen werden, daß S. noch lebe, da das Recht die Fortdauer eines einmal begonnenen Zustandes, hier des Lebens, präsumire. Dazu komme noch, daß bei Verschollenen erst mit ihrem 70. Lebensjahre der Tod angenommen, also bis dahin für ihr Leben präsumirt werde. Ein ganz ähnlicher Fall sei kürzlich in einem Badeorte vorgekommen, wo ein Spieler die Bank gesprengt und man erst in diesem Augenblicke bemerkt habe, daß er todt sei. Da er von Anfang an das Geld immer stehen lassen und immer still gesessen, so ist es zweifelhaft gewesen, ob er noch bis zum Augenblick, wo er die Bank gesprengt, fortgelebt habe. Doch aber werde gewiß Jedermann seinen Erben den Gewinnst zusprechen, ohne ihnen den Beweis aufzulegen, daß ihr Erblasser bis zu Ende des Spiels gelebt habe.

LXII. Um dieselbe Frage, wie bei dem vorhergehenden Falle, dreht es sich in folgenden zwei Fällen:

a) Nach dem Ableben der Sophie L. melden sich auf erlassene Edictalcitation mehrere Erben, darunter auch der Curator zweier abwesender Mutter-Brüder der Verstorbenen, der Brüder W. Den Letzteren wird darauf zwar eine ihrem Verwandtschaftsgrade entsprechende Erbschaftsquote zuerkannt, jedoch mit der Verfügung, daß dieser Antheil einstweilen noch unter der Verwaltung des Curators der Erbschaftsmasse verbleiben solle, bis über Tod resp. Verschollenheit das Nöthige festgestellt sein werde. Es sei noch ungewiß, ob die Abwesenden die Erblasserin überlebt hätten. Hiergegen appellirt der Curator der Abwesenden mit der Behauptung, daß durch die praesumtio: „ein Verschollener sterbe erst im 70. Jahre" — sofern kein Gegenbeweis geführt werde — feststehe, daß er bis dahin gelebt — hier also, daß die Abwesenden ihre Nichte überlebt hätten, weil der ersteren 70. Lebensjahr noch nicht abgelaufen sei.

b) Für den abwesenden George Horst wird ein Curator bestellt, welcher, nachdem dessen Vater während der Dauer der Curatel gestorben war, Namens seines Curanden mit einer Klage gegen die Geschwister desselben auf Herausgabe des jenem zukommenden Erbantheils an dem elterlichen Nachlasse auftritt und zugleich ein dem Verklagten günstiges Testament als ungültig angreift, weil darin sein Curand weder als Erbe

eingesetzt, noch enterbt sei; daß demselben aber die fragliche Erbberechtigung zustehe, dürfe nicht etwa wegen der Ungewißheit seines Lebens bezweifelt werden, denn für die Fortdauer desselben müsse präsumirt werden, bis das Gegentheil, der Tod, erwiesen sei, wie überhaupt für die Fortdauer eines Zustands, dessen Anfang feststehe.

Vgl. ferner unten zu §. 115 u. a.

§. 99.

LXIII. Das Rittergut S. war dem Herrn v. H. dergestalt verpfändet, daß ihm statt der Zinsen eines von ihm geliehenen Kapitals die Nutznießung des Guts mit allen daran haftenden Rechten eingeräumt war. Zu diesem Gute gehörte auch eine bedeutende Bierbrauerei, die aber in neuerer Zeit nicht mehr so viel als sonst abwarf, weil kürzlich in der Nähe eine neue Brauerei errichtet worden, von welcher viele Einwohner des zum Gute gehörigen Dorfes ihren Bedarf bezogen. Da nun der Gläubiger erfuhr, daß früher immer nur von der Gutsbrauerei habe Bier geholt werden dürfen, ihm auch der Eigenthümer des Guts v. W. versichert, das Gut habe das Recht des Bierzwangs, so klagt er gegen die Dorfbewohner, indem er sich auf ein Verbietungsrecht stützt, das ihm gegen anderweitigen Bezug des Biers, als aus der Gutsbrauerei, zustehe. Die Beklagten läugneten das Bestehen eines solchen Rechts, weshalb dem Kläger der Beweis seiner Behauptung auferlegt wurde. Dieser Beweis mißlang ihm jedoch und er wurde daher durch das Enderkenntniß abgewiesen. Schon vor dem Beweisinterlocut war der Schuldner und Eigenthümer des Guts interveniendo eingekommen und hatte gebeten, bevor gegen den Bierzwang erkannt werde, auch ihn zu hören. Das Gericht gab den Bescheid, es werde in der künftigen Sentenz dem Befinden nach mit über die Intervention erkennen. Dieß geschah aber nicht, weder wurde der Eigenthümer zur Beweisführung mit abcitirt, noch wurde im Enderkenntniß der Intervention Erwähnung gethan. Im Jahre 1835 löste der Eigenthümer das Gut wieder ein und verkaufte es im Jahre 1837 an v. M. Dieser glaubt jetzt, das bestrittene Recht besser beweisen zu können, als v. H. und stellt daher 1838 eine neue Klage deshalb an. Derselbe wird aber von den Beklagten die exceptio rei judicatae entgegengesetzt. In der Replikschrift machte Kläger den Satz: res inter alios judicatae aliis non praejudicant geltend, wogegen Beklagte in der Duplik bemerkten, daß hier eben einer von den Ausnahmsfällen, wo jene Regel nicht Anwendung finde, vorliege, da Kläger sein Recht von dem früheren Eigenthümer D. herleite, der von dem früheren Processe Kenntniß gehabt, so daß auf diesen die Bestimmung der l. 63 D. de re jud. 42, 1 passe:

> Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet. Nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest*), quibusdam vero, etiamsi contra ipsos

---

*) Al. *non* obest, Cujacius Obss. XI. 25. Dagegen Merillius Variant. ex Cujacio III c. 34.

judicatum sit, nihil nocet *). Nam scientibus nihil praejudicat, velut si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur; nam alteri integra defensio est, etiamsi cum herede (al. coherede) suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus **) alter victus adquieverit, alterius petitioni non praejudicatur, idque ita rescriptum est. Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, *cujus actio vel defensio primum sibi competit*, sequenti (al. sequentem) agere patiatur. Veluti si *creditor* ***) *experiri passus sit debitorem* de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote (al. dotem) acceptae, aut *possessor venditorem* †) de proprietate rei emtae et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet? Illa ratio est quod qui scit, coheredem suum agere, prohibere eum, quominus, uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios judicatae summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, *quod ex persona agentis habuit*, judicatum est. Nam et si libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur.

LXIV. Der Gastwirth Feder vindicirt von dem Gutsbesitzer Schädel ein Grundstück, indem er sich auf 10jährige Ersitzung beruft. Er wird jedoch wegen mißlungenen Beweises mit seinem Anspruche zur Ruhe verwiesen. Später findet er ein Document auf, woraus hervorgeht, daß sein Vater das Grundstück vom Fiscus gekauft habe. Er erhebt demnach auf Grund dieses Documentes von Neuem die Vindication gegen Schädel. Dieser stellt ihm jedoch die exceptio rei judicatae entgegen, weil der jetzige Proceß über eadem res, nämlich über das Eigenthum an dem fraglichen Grundstück und zwischen denselben Parteien verhandelt werde, wie der frühere Proceß.

Der Kläger replicirt hierauf, die exceptio rei judicatae könne ihm ausnahmsweise nicht entgegenstehen, weil er sich in der früheren Klage ausdrücklich auf eine bestimmte Art des Eigenthumerwerbs, nämlich die Ersitzung, gestützt habe, wodurch nur das aus dieser entstehende Recht in litem deducirt worden. Jetzt klage er aus einer andern causa, aus einem Kaufe: für den Fall einer solchen Klage ex alia causa sei aber im Römischen Rechte ausdrücklich die exceptio rei judicatae ausgeschlossen:

---

*) Cujacius (l. c.) schlägt vor, das Comma hinter *nihil* zu setzen.

**) Welchen Fall hat hier der Jurist vor Augen?

***) Al. debitor e. p. s. creditorem. Dafür vgl. Cujacius l. c. Welcher Lesart ist aus inneren Gründen, nach dem Gedankengang der ganzen Stelle, der Vorzug zu geben?

†) Wie ist es denkbar, daß der Verkäufer nach geschehener Tradition noch die Vindication in eigenem Namen anstellen kann? —

l. 11 De exc. r. jud. (44. 2):

§. 1: Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem.

§. 2: Si quis autem petat, fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea *alia ex causa* petat, *causa adjecta* non debet summoveri exceptione.

l. 14 §. 2 D. eod.:

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequantur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago, *non expressa causa*, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

In der Duplikschrift des Beklagten werden diese Stellen dadurch zu beseitigen gesucht, daß in der ersten causa adjecta interpretirt wird als gleichbedeutend mit causa superveniens oder nova (vgl. l. 3 D. de usurp. (41. 3): Usucapio est *adjectio* dominii per continuationem possessionis; dagegen aber l. 1 §. 2 D. de r. v. (6. 1). Vat. fragm. §. 52); in der zweiten aber die Worte „non expressa causa" übersetzt werden mit „wegen Nichthervorhebung der Erwerbsart," d. h. weil bei diesen Klagen (den dinglichen) die Erwerbsart in der Formel nicht erwähnt wird — nämlich aus dem Grunde, weil sie nicht erwähnt werden kann. Es sei, wird dabei bemerkt, in den Formeln des Römischen Processes gar kein Platz für die Erwähnung einer besonderen Erwerbsart gewesen. — Wenn übrigens der behauptete Satz wirklich im Römischen Rechte gegolten hätte, so setze das doch voraus die ausdrückliche Beschränkung auf eine bestimmte causa. Eine solche liege aber noch keineswegs in der bloßen Angabe eines bestimmten Entstehungsgrundes. —

LXV. Der Kossäthe H. verkaufte im Jahre 1843 sein Gut, woran dem Besitzer des Ritterguts D. ein Vorkaufsrecht zustand, an seine Tochter und deren Bräutigam Schulze zu gemeinschaftlichem Eigenthum, behielt sich jedoch eine Parzelle zum Bau einer Büdnerstelle vor. Die Uebergabe folgte nach einigen Monaten, nachdem seine Tochter mit ihrem Bräutigam sich verheirathet hatte. Nachdem dieß geschehen, machte der Freiherr von Orphal, als jetziger Besitzer des Ritterguts D., die ihm als solchem zustehende Vorkaufsberechtigung geltend und zwar zunächst gegen die Tochter des Verkäufers, die nun verehelichte Schulze. Seine Klage gegen diese wurde jedoch rechtskräftig abgewiesen, weil sein Recht in diesem Falle keine Anwendung finde. Er klagt darauf auch gegen den Schwiegersohn Schulze. Dieser schützt die exceptio rei judicatae vor, indem er den etwa zu befürchtenden Einwand, es seien nicht dieselben Personen, zwischen denen der frühere Proceß verhandelt worden, durch Hinweisung

auf den Satz des Römischen Rechts beseitigen will, daß ein Urtheil gegen oder für den einen Miteigenthümer eines wegen einer Servitut in Anspruch genommenen Grundstücks gegen oder für alle Miteigenthümer gelte:

l. 4 §. 3. 4 D. si servitus vind. VIII. 5:

De jure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod ejus interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit. §. 4. Sed et si duorum fundus sit, *qui servit*, adversus unumquemque poterit ita agi, et quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.

Wenn in den Schlußworten als Grund dieses Satzes die Untheilbarkeit der Servituten angegeben werde, so passe das vollkommen auch auf das Vorkaufsrecht, denn der Kauf eines Grundstücks in seinem ganzen Umfange verhalte sich zum Kaufe des halben Grundstücks nicht bloß wie das Ganze zu seiner Hälfte, sondern es biete möglicherweise der Kauf der Hälfte dem, der das Ganze zu kaufen wünsche, gar keinen Vortheil.

Wie verhält es sich mit der Untheilbarkeit dieses Rechts und mit der Anwendbarkeit der exc. rei judicatae in diesem Falle?

---

r. in integrum §. 100—107. restitutio.

LXVI. Ist ist folgenden Fällen ein Restitutionsgesuch begründet?

1) Der minderjährige noch in väterlicher Gewalt stehende Reiterofficier M. findet an einem Pferde, das er im J. 1840 von X. gekauft, ein Fußübel, wodurch es zum Dienste unbrauchbar wird. Er gibt es in thierärztliche Behandlung, aber das Uebel stellt sich als unheilbar heraus. Bei seinem 1842 deshalb eingereichten Gesuch um Restitution gegen den Pferdekauf verlangt er u. A. auch Ersatz der vergeblich aufgewandten Kurkosten. X. widerspricht dem ganzen Gesuche besonders deshalb, weil M. Reiterofficier sei und weil er, obgleich in väterlicher Gewalt, doch über sein peculium castrense völlig freie Verfügung habe. Auf keinen Fall glaubt er zum Ersatz der Kurkosten verpflichtet zu sein. —

2) Der minderjährige Z. hatte unter Mitwirkung seines Vormunds A. einen Pachtvertrag mit H. abgeschlossen, wobei eine Reubuße für den Fall des Abgehens im Betrag von 1200 Thlrn. verabredet worden. Der kurz darauf an die Stelle des bisherigen Vormunds A. getretene Vormund K. verweigerte die Erfüllung des Pachtvertrags und suchte, da er auf Entrichtung der Reubuße verklagt wurde, um Restitution gegen die Verabredung derselben nach, indem er auf deren unverhältnißmäßige Größe (sie überstieg das Pachtgeld für ein Jahr) hinwies. —

3) Der Fiscus in T. wird in einer Rechtssache, wobei das in dieser Hinsicht bestehende fiscalische Privilegium nicht anwendbar war, auf Verzugszinsen in Anspruch genommen. Er will die Zahlung derselben durch Nachsuchung der Restitution ablehnen.

4) Während der Minderjährigkeit des H. L. war ein Geschäft für ihn von X. besorgt worden. Nachdem H. L. im J. 1847 volljährig ge-

worden, genehmigte er im J. 1850 in einer für X. zu einem ähnlichen Geschäfte ausgestellten Vollmacht „alles von X. früher bei derartigen Geschäften, insbesondere auch während seiner (des H. L.) Minderjährigkeit, Vorgenommene.“ Als er im J. 1852 aus jenem ersten Geschäfte in Anspruch genommen wurde mit Bezugnahme auf seine Genehmigung, begehrte er in integrum restitutio und begründete sein Gesuch durch Berufung theils auf seine Minderjährigkeit zur Zeit der Geschäftsführung, deren Nachtheile ihm erst jetzt zur Kenntniß gekommen, theils auf factischen Irrthum, da er zur Zeit, als er genehmigt habe, gar nicht gewußt, was von X. bisher in der Sache gethan worden.

Drittes Buch.

Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse.

Anwendung neuer Gesetze

§. 111.

LXVII. Der Obrist von B. wurde im J. 1830 durch landesherrlichen Beschluß von seiner Frau geschieden, wobei diese „auf alle und jede fernerweiten Ansprüche an ihren bisherigen Ehegatten, sie mögen Namen haben, wie sie wollen, förmlich Verzicht leistete." Nachdem sich hierauf später der Oberst v. B. mit der Gräfin v. K. von Neuem verheirathet hatte, starb er mit Hinterlassung derselben am 31. Januar 1836. Als hierauf im J. 1837 seine Wittwe die jährliche Pension von 250 Thalern, die ihr zufolge des Staatsdienergesetzes vom Jahre 1831 zustehe, fordert, wird ihr dieselbe verweigert mit der Bemerkung, daß die Pension der geschiedenen Ehefrau zustehe, nach §. 96 des angeführten Staatsdienergesetzes, worin bestimmt ist:

„Würde die Ehe eines Staatsdieners geschieden und entweder der „Mann oder keiner der Ehegatten für den alleinschuldigen Theil erklärt, so verbliebe der geschiedenen Ehefrau ihr Anspruch auf Pension, „wenn sie nicht bei der Scheidung darauf verzichtet."

Dawider bringt die Klägerin Wittwe v. B. klagend vor:

1) Die geschiedene Ehefrau des Oberst v. B. habe bei der Scheidung auf die Pension verzichtet, denn diese sei mit unter der Bezeichnung „allen und jeden fernerweiten Ansprüchen an ihren bisherigen Ehegatten" inbegriffen und schon deshalb müsse selbst nach §. 96 des angeführten Gesetzes ihr, der Klägerin, die Pension zugesprochen werden.

2) Das angeführte Gesetz finde aber auf den vorliegenden Fall überhaupt keine Anwendung, denn eine Anwendung desselben würde Rückanwendung eines Gesetzes sein, da die fragliche Scheidung schon im Jahre 1830 vor sich gegangen, das Gesetz aber erst im Jahre 1831 in Kraft getreten sei.

Der Staatsanwalt glaubt jedoch, daß es eine Rückbeziehung des angeführten Gesetzes nicht genannt werden könne, wenn die Pension der geschiedenen Ehefrau zugesprochen werde, weil der Anspruch auf die Pension nicht schon bei der Scheidung, sondern erst beim Tode des Ehemannes erworben werde, dieser Zeitpunkt des erworbenen Rechts aber hier unter die Herrschaft des neuen Gesetzes falle.

LXVIII. A. verkauft an B. am 8. Juni 1846 zwei Pferde zusammen für 800 Thaler; obgleich er aber die Pferde sofort überliefert, so kann er doch trotz aller Anstrengung nicht zu seinem Gelde kommen, indem B. immer von einem Termin auf den andern vertröstet. Er klagt daher endlich im Juli 1848 auf den Kaufpreis von 800 Thalern mit Verzugs-Zinsen zu 6 Procent seit dem 8. Juni 1846. Der Beklagte bestreitet

1) die Gültigkeit des ganzen Kaufs, weil im Januar 1848 ein Gesetz erschienen ist, wonach alle Kaufcontracte, deren Gegenstand mehr als 100 Thaler betrage, schriftlich geschlossen werden müssen;

2) das Recht zur Verzinsung à 6 Proc. Es war nämlich im Juli 1846 der gesetzliche Zinsfuß auf 5 Procent herabgesetzt worden. Der Kläger meint jedoch, dies habe keinen Einfluß auf einen im Juni 1846 geschlossenen Vertrag äußern dürfen, da das Recht auf die damaligen gesetzlichen Zinsen im Augenblick des abgeschlossenen Vertrags begründet, also erworben gewesen sei.

Auf der andern Seite macht dagegen der Beklagte geltend, daß dergleichen Zinsgesetze einen absoluten, prohibitiven Charakter hätten, der auch auf schon erworbene Rechte Einfluß äußern müsse, weil das Privatrecht der öffentlichen Rücksicht weichen müsse.

LXIX. Der Oberamtmann Windeck im Hannöverschen schloß im December 1794 mit den Kaufleuten Cassel und Taub in Bremen einen Vertrag ab, wodurch er sich denselben zur Lieferung einer Quantität Weizen verpflichtete. Aus den späteren Briefen der Käufer ersah W., daß der Weizen nach Spanien und England bestimmt sei. Am 26. Januar 1795 erfolgte ein landesherrliches Verbot, Getreide aus dem Lande auszuführen. Als nun einige Zeit darauf die Käufer den Oberamtmann anwiesen, er solle den Weizen nach Hannover liefern, da sie wegen des Ausfuhrverbots ihre ursprüngliche Absicht aufgegeben und den Weizen nunmehr dort zu verwenden gedächten, schrieb ihnen Wendeck zurück, er könne ihrer Anweisung nicht mehr Folge leisten, weil er den Weizen an einen Andern verkauft und abgeliefert habe, auch sei er durch das landesherrliche Verbot aller Verpflichtung ihnen gegenüber enthoben. Hierdurch sahen sich Cassel und Taub veranlaßt, gegen Windeck zu klagen. Sie stützten ihre Klage auf den im J. 1794 geschlossenen Vertrag und bemerkten, der Beklagte dürfte sich auch nicht etwa auf das Ausfuhrverbot berufen, da dasselbe auf einen früher geschlossenen Vertrag keine rückwirkende Kraft äußern könne. Dieser Bemerkung stellte der Beklagte entgegen, daß, wenn ein Gesetz ausdrücklich gerade die Wirkungen von Rechtsverhältnissen zu normiren beabsichtige, es dann allerdings auch auf schon begründete Rechtsverhältnisse, die ihre Wirkung noch gar nicht ganz hervorgebracht, bezogen werden müsse. Vergl. die Bemerkung von Vangerow's (Leitfaden §. 26 am E.): „Wenn also z. B. ein Gesetz alle Kornausfuhr verbietet, so muß dieselbe von dem Augenblicke des pu-

blicirten Gesetzes an unterbleiben, sollten auch schon vorher gültige Verträge abgeschlossen sein."

LXX. Als im Jahre 1852 Georg Schmid sich zum juristischen Staatsexamen im Fürstenthum X. meldet, wird ihm von der Prüfungscommission die Weisung zu Theil, daß er vor Allem den Besuch des inländischen Gymnasiums und die ordnungsmäßige Entlassung von demselben nach besonderer Abgangsprüfung nachzuweisen habe, da dies als unerläßliche Voraussetzung für den Zutritt zum Staatsdienste noch in einem neuerlich erschienenen Gesetze eingeschärft worden war. Schmid reicht darauf eine Eingabe ein, worin er erklärt, den Besuch des Gymnasiums könne er nicht nachweisen, denn er sei, nachdem er im J. 1849 seine Stellung als Handelscommis aufgegeben, sofort auf die Universität gegangen und habe dort die nöthigen Vorlesungen gehört. Er sei auch dazu vollkommen berechtigt gewesen, denn in den Grundrechten des deutschen Volks, welche auch im Fürstenthum X. als Gesetze publicirt worden, sei Jedem das Recht verliehen, seine Kenntnisse zu erlangen, wie und wo er wolle. Indem er sofort die Universität bezogen habe, sei für ihn das Recht auf Zulassung zum Staatsdienste ohne Abgang von einem Gymnasium *erworben* worden und dieses *einmal erworbene* Recht habe nicht durch ein späteres Gesetz wieder aufgehoben werden können. Dasselbe beziehe sich bloß auf Solche, die *künftig* ihre Vorbereitungen zum Staatsdienste *beginnen* wollten. Die Prüfungscommission besteht jedoch auf ihrem Verlangen und Schmid bittet daher um ein Gutachten, ob er nicht auf Zulassung zum Staatsdienste *klagen* könne.

---

§. 111 u. 113.

LXXI. Einer im Jahre 1848 aus einem zu Paris errichteten Testamente vor dem Amte in Z. erhobenen Klage wird entgegengesetzt

1) das Testament sei ungültig und zwar

a) seiner Form wegen, weil zwar die Form des Französischen Rechts, nicht aber die des gemeinen Rechts, unter welchem der Testator sein Domicil gehabt, beobachtet worden;

b) auch der Inhalt mache es dem in U., dem Domicile des Testators, und in Z., dem Orte der angebrachten Klage geltenden Particularrechte gemäß zu einem ungültigen Testamente, da den Notherben nur der Pflichttheil des gemeinen, nicht der ($^3/_4$ betragende) des im J. 1846 publicirten Z'schen Particularrechts hinterlassen ist, was nach diesem Rechte das Testament zu einem ganz *nichtigen* und völlig *wirkungslosen* machen soll;

2) die Klage aus dem Testamente sei verjährt, da der Testator schon 1833 gestorben und durch ein 1839 erschienenes Gesetz die regelmäßige Verjährungszeit auf 10 Jahre herabgesetzt ist; mithin sei die Klage bereits 1843 verjährt.

Was ist über diese Einreden zu sagen?

---

§. 113.

LXXII. Im Januar 1816 mahnte der Handelsmann Gley den Kaufmann F. in Berlin um eine Schuld von 400 Thalern für geliefertes Getreide. Die Richtigkeit dieser Schuld wurde vom Schuldner vor dem Stadtgericht zu Berlin anerkannt, dabei aber von demselben erklärt, daß er jetzt außer Stande sei, jene Summe zu bezahlen. Zugleich mit ihm aber erschien vor Gericht seine Ehefrau, aus dem Mecklenburgischen, und erklärte dem Gläubiger Gley, daß sie jene Schuld übernehmen, aber ohne Zinsen erst nach dem Antritt der zu erwartenden väterlichen Erbschaft bezahlen wolle, wobei sie dem Gläubiger die Befugniß einräumte, sogleich nach dem Tode ihres Vaters auf den Grund dieser Erklärung einen Arrest auf ihren Erbtheil zu erwirken. — Nach dem Tode des Vaters der Frau F. bat Gley im Mai 1820, gestützt auf jene Verschreibung, bei dem Justizamte zu Neustrelitz, wohin inzwischen F. mit seiner Frau gezogen war, um Arrest auf den Erbtheil der Letztern, wobei den in Mecklenburg über die Arrestanlegung geltenden Bestimmungen hinsichtlich des Objects und der Form nach genügt war. Die F'sche Ehefrau protestirte jedoch gegen Anlegung des Arrests, denn offenbar müsse in diesem Falle das in Mecklenburg geltende, also gemeine Recht entscheiden, man möge es nun als das Recht des jetzigen Domiciliums oder als das des Erfüllungsorts oder als dasjenige Recht betrachten, dem die fragliche Sache, der Erbtheil, unterworfen sei, denn es sei ja schon bei Uebernahme der Schuld der Arrest auf den im Mecklenburgischen belegenen künftigen Erbtheil verabredet worden. Nach gemeinem Rechte aber sei sie

1) im Januar 1816 noch nicht volljährig gewesen (sie war im Juli 1791 geboren), habe sich mithin damals nicht ohne Zuziehung eines Vormunds verpflichten können und würde, selbst wenn ein Vormund mitgehandelt hätte, doch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten dürfen.

2) Schon deshalb werde jenes Geschäft, aus welchem ihr Erbtheil jetzt in Anspruch genommen werde, nach gemeinem Rechte unwirksam, weil es sich sowohl als Intercession für den Ehemann (die selbst nicht durch Verzicht der Ehefrau gültig werden kann), als auch als Schenkung unter Ehegatten betrachten lasse.

Ihr Gegner versucht es, die Preußischen Gesetze als hier entscheidend zu rechtfertigen, indem er sich darauf beruft, daß Berlin das damalige Domicilium der Frau F. gewesen und daß in Berlin das fragliche Geschäft eingegangen worden. Nach Preußischem Landrechte aber beseitige sich der Einwurf

ad 1) dadurch, daß nach diesem Rechte die Volljährigkeit mit Vollendung des 24. Jahres eintrete —

ad 2) aber müsse bemerkt werden, daß die Förmlichkeiten, welche das Allgem. Landrecht für Intercessionen der Frauen vorschreibt, beobachtet, daß nämlich gerichtsseitig und von dem als Assistenten der F'schen Ehefrau mitzugezogenen Hoffiscal R. die gesetzlichen Folgen, welche die Ueber-

nahme einer fremden Schuld mit sich führe, der Frau F. erklärt worden. Es würde auch Nichts ändern, wenn man in dem Geschäfte eine Schenkung unter Ehegatten erblicken wolle, da nach Preußischem Rechte Geschenke unter Ehegatten eben so gültig seien, als unter Fremden.

Die Gegnerin wiederholt ihre früher vorgebrachten Argumente und hält denen des Gley theils die Bemerkung, das Verbot der Intercession beruhe auf Rücksichten der Sittlichkeit und des gemeinen Besten und sei daher vom Richter unbedingt anzuwenden, theils den Rechtssatz entgegen:

Ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent incipere (cf. l. 98 D. de V. O.).

Wäre das Geschäft auch im Januar 1816 gültig eingegangen gewesen, so wäre es durch die Veränderung des Domicils ungültig geworden, da diese noch vor ihrem 25. Jahre vor sich gegangen, mithin der Fall eingetreten sei, wo sie das fragliche Rechtsgeschäft nicht hätte vornehmen können, casus, a quo non potuisset incipere.

Viertes Buch.

Die Rechte an der eignen Person.

Erstes Capitel. Das Recht der Persönlichkeit.

§. 114.

LXXIII. Der Gastwirth Andreas *König* hatte drei Söhne und eine Tochter, die er aber alle überlebte, so daß bei seinem Ableben im J. 1769 nur von jedem Kinde ein Enkelsohn ihn beerbte. Der eine derselben, Johann Gottfried König, geboren 1753, ging im Jahre 1770 auf die Wanderschaft als Handwerksbursche und ließ Nichts wieder von sich hören. Von den beiden andern starb der eine — von der Tochter — Georg Kästner, im Jahre 1812 mit Hinterlassung eines Sohnes, Ludwig Kästner. Im Jahre 1823 trug dieser im Verein mit seinem Vetter Johannes David König auf Edictalcitation des verschollenen, nunmehr 70-jährigen Johann Gottfried König an und für den Fall des Ausbleibens auf Todeserklärung. Bevor aber diese Todeserklärung noch erfolgte, starb Johannes David König mit Hinterlassung einer Tochter, Wilhelmine König. Diese macht, nachdem die Todeserklärung geschehen, auf das von dem Verschollenen hinterlassene Vermögen als alleinige nächste Intestaterbin Anspruch und bestreitet das Recht ihres Vetters, Ludwig Kästner's, weil in der Klasse der Seitenverwandten — der 4. Klasse — ein Repräsentationsrecht nicht anerkannt sei, des L. K. Vater aber den Todestag des Erblassers, nämlich dessen 70. Geburtstag, nicht erlebt habe. Dagegen behauptet L. Kästner, es müsse ihm die Hälfte des Nachlasses zugesprochen werden, denn zu dieser Entscheidung gelange man von den zwei entgegengesetzten Ansichten aus, die über den Zeitpunkt, in welchem der Tod als eingetreten anzunehmen, herrschen. Entweder man sehe auf den Augenblick, wo die Verschollenheit ihren Anfang genommen und dafür spreche;

l. 10 pr. D. de capt. 49. 15:

Pater, qui non rediit, jam *tunc* decessisse intelligitur, ex quo captus est;

oder auf das Datum des richterlichen Decrets, der Todeserklärung; — dafür und wider die von der Gegnerin angenommene Ansicht, es müsse der Augenblick des vollendeten 70. Jahres entscheiden, werde mit Recht von einem der angesehensten Rechtslehrer bemerkt: „Nach jener Ansicht würden die nach unserer Praxis *wesentlich* nöthige Edictalladung und Todeserklärung fast als überflüssig erscheinen, ja die Maßregel einer öffentlichen Ladung würde an *Absurdität* grenzen, da sie an Jemanden ge-

richtet wäre, welcher jener Präsumtion nach schon für todt gehalten werden müßte."

Nach der ersten Ansicht müsse er die Hälfte bekommen, weil sein Vater den Zeitpunkt, wo die Verschollenheit begonnen, erlebt habe; — nach der zweiten Ansicht gleichfalls, weil im Augenblick der richterlichen Todeserklärung der Gegnerin Vater bereits gestorben und sie beide gleich nahe Erben seien. Zu bemerken ist übrigens, daß in dem Lande, wo der vorstehende Fall zur Entscheidung kam, nach particularrechtlicher Bestimmung schon der Anfall der Erbschaft die Transmission derselben auf die Erben des Berufenen zur Folge hat, sowie daß sowohl Kästner, als Wilhelmine K. ihren Vater allein beerbt hatten.

Wie war demnach zu entscheiden? —

LXXIV. Bei einer großen Ueberschwemmung kam die Ehefrau des Schuhmachers Pfeifer zugleich mit ihrem kaum 8 Wochen alten Kinde um's Leben. Ueber ihr hinterlassenes Vermögen erhob sich ein Streit zwischen ihrem Ehemann und ihrem Bruder, dem Glaser Gans. Darüber waren zwar Beide einverstanden, daß Pfeifer der nächstberechtigte Intestaterbe seines Kindes, Gans aber der seiner Schwester sein würde, wenn diese nach ihrem Kinde, also kinderlos, gestorben wäre. Der Erstere aber behauptete, das Kind habe seine Mutter überlebt und diese beerbt, ihm komme mithin der Nachlaß seiner Ehefrau zu. Sein Schwager Gans dagegen ist der Ansicht, das Kind sei vor seiner Mutter gestorben und klagt deshalb gegen Pfeifer auf Herausgabe des von seiner Schwester hinterlassenen Vermögens. Er stützt seinen Anspruch auf die in

l. 10 l. 23 D. de reb. dubiis (34. 5)

ausgesprochene gesetzliche Präsumtion, daß, wenn Eltern mit unmündigen Kindern durch einen und denselben Unglücksfall umkommen, angenommen werden solle, es hätten jene die Kinder überlebt. Der Beklagte entgegnet hierauf, diese Präsumtion sei nur für zweifelhafte Fälle aufgestellt, jedenfalls aber schließe sie den Gegenbeweis nicht aus. Von diesem Gegenbeweise, wie von jeder Beweislast, könne ebenfalls wieder eine entgegenstehende Vermuthung befreien. Eine solche stehe ihm hier zur Seite. Seine Ehefrau sei nämlich zuerst in das Wasser gestürzt, erst einige Zeit darauf auch seine, des Beklagten, Schwester mit dem Kinde auf dem Arme. Diese habe das Kind erst, nachdem sie beim Fortschwimmen von einer Säule einige Stöße erhalten, fahren lassen und sich selbst, so gut sie gekonnt, zu retten gesucht. Es spreche also die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, daß das Kind die Mutter überlebt habe und wenn es auch nicht ganz ausgemacht sei, so müsse es doch zum Mindesten präsumirt werden, mithin werde eine praesumtio durch die andere vernichtet und es sei zu entscheiden, als ob jene gesetzliche Vermuthung gar nicht bestehe, folglich müsse der Kläger beweisen, daß das Kind vor der Mutter gestorben.

LXXV. Der Kaufmann Berg verheirathete sich mit der verwittweten Wirthin zum wilden Mann, Christiane Rübstein, und es wurde dabei ein Ehe- und Erbschaftsvertrag abgeschlossen, in welchem es u. A. hieß:

„Wird die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten getrennt, so „sollen,

1) wenn Kinder vorhanden sind, diese an die Stelle des verstorbenen Ehegatten treten und mit dem Ueberlebenden die Gütergemeinschaft fortsetzen;

2) wenn aber keine Kinder vorhanden, so wird der Ueberlebende alleiniger Eigenthümer, doch soll der Ehemann in solchem Falle als Ueberlebender den Verwandten der verstorbenen Ehegattin einen Rückfall von 2000 Gulden zahlen."

Am 6. Januar 1839 starb die Frau an den Folgen der Geburt eines Kindes und zu derselben Zeit auch das geborene (einzige) Kind. Darauf verlangten die Verwandten der Frau die 2000 Gulden, indem sie behaupteten, das Kind sei vor der Mutter gestorben, oder es müsse dieß wenigstens nach

l. 10 § 4 l. 22 D. de reb. dub. 34. 5.

präsumirt werden. Die Aussagen des Arztes und der Hebamme wichen nämlich über diesen Punkt von einander ab, so daß keine rechtliche Gewißheit hergestellt werden konnte. Der Kaufmann Berg dagegen hat sich von seinem Anwalt versichern lassen, diese Präsumtion sei bloß für den Fall festgesetzt, wenn Eltern und Kinder im Kriege (l. 10 §. 4 cit.) oder bei einem Schiffbruch um's Leben gekommen wären, was als singuläre Bestimmung nicht analog ausgedehnt werden dürfe. Ferner stützen die Verwandten ihren Anspruch noch darauf, daß das Kind nicht als lebensfähiges zur Welt gekommen, es also gar nicht auf die Frage wie lange es gelebt, ankomme. Es ist nämlich nur erwiesen, daß das Herz des Kindes pulsirt und das eine Füßchen heftig gezuckt habe.

Was ist für die eine oder andere Partei zu sagen? Wen trifft die Beweislast — den Vater, daß das Kind die Mutter überlebt habe, oder die Verwandten, daß das Kind vor der Mutter gestorben sei?

Zweites Kapitel. Das Recht des Besitzes.

§. 123.

LXXVI. Die Tischlergesellen Burbach und Töpfer besuchten an einem Weihnachtsfeiertage, einige Stunden von der Stadt B., wo beide in Arbeit standen, ihren beiderseitigen Vetter, einen wohlhabenden Pachter, der sie von Jugend auf vielfach unterstützt hatte. Da derselbe für Burbach eine besondere Vorliebe hatte und ihm eine recht angenehme Ueberraschung bereiten wollte, so steckte er ihm heimlich beim Abschiede ein kleines Schächtelchen, eine Uhr enthaltend, in denjenigen Ueberrock, den

er unter den beiden in demselben Schranke hängenden für Burbach's Eigenthum hielt, ohne sich Etwas davon merken zu lassen. Als wenige Tage darauf der Sohn des Pachters in das Städtchen X. kam und Burbach aufsuchte, bemerkte er keine Uhr bei ihm und auf Nachfrage deshalb ergab sich, daß weder Burbach in seinem Rocke eine Uhr gefunden habe, noch überhaupt in demselben bei Durchsuchung aller Taschen das bewußte Schächtelchen zu finden sei. Endlich kam Burbach auf den Gedanken, es könne wohl eine Verwechslung der Ueberröcke vor sich gegangen sein und er begab sich demnach sofort zu Töpfer. Dieser wußte zwar ebensowenig Etwas von einer Uhr, fügte jedoch hinzu, daß er seinen Rock, als er nach Hause gekommen, sofort in den Kleiderschrank gehängt und nicht wieder herausgenommen habe und als demzufolge Burbach das erwähnte Kleidungsstück untersuchte, fand er wirklich das Schächtelchen und darin die ihm bestimmte Uhr. Töpfer verlangte nun zwar, er solle erst nachweisen, daß sich die Sache wirklich so verhalte, wie er erzählt habe, und solle es ihm schriftlich vom Pachter bringen, daß er die Uhr für ihn — Burbach — bestimmt gehabt, bis dahin solle er die Uhr lassen, wo er sie gefunden; allein Burbach bemerkte, man werde doch wohl seinen Worten Glauben schenken und entfernte sich mit der Uhr, indem er Töpfern, der ihm den Weg vertrat, einen Stoß versetzte, daß er auf die Seite flog. Töpfer wünscht jetzt zu wissen, ob er nicht gegen Burbach auf Herausgabe der Uhr klagen könne. Ein Advokat hat ihm zwei Wege vorgeschlagen:

1) ein possessorisches Interdict wegen gewaltsamer Entziehung des Besitzes,

2) für den Fall, daß Burbach nachweise, der Pachter habe ihm die Uhr schenken wollen, sei es am Gerathensten sich auf das Decretum Divi Marci zu berufen, wonach der Eigenthümer, der sich durch widerrechtliche Selbsthülfe selbst zum Besitze seiner Sachen verholfen, mit Verlust seines Eigenthums bestraft werden solle.

l. 7 Cod. unde vi VIII, 4:

Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut *possessionem* rerum — — — apud homines quoslibet constitutarum ante adventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus — — *possessionem*, quam abstulit, *restituat possessori* et dominium ejusdem rei amittat.

---

§. 124. 128.

LXXVII. Der Literat Bauer hatte sich in den Jahren 1848 und 1849 bei verschiedenen Demonstrationen betheiligt, war auch in seinen Schriften nicht immer in den gesetzlichen Schranken geblieben, so daß er, als die Verhaftungen und Untersuchungen deshalb begannen, sich in seiner Vaterstadt X. nicht mehr sicher fühlte und daher nach der Schweiz flüchtete. Vorher jedoch schloß er mit seinem Bruder, dem Kaufmann Bauer, einen gerichtlichen Kaufcontract ab, wonach der Literat Bauer das ihm eigenthümlich gehörende Wohnhaus seinem Bruder, dem Kauf-

mann B., für 6000 Thaler verkaufte und die Zahlung dieser Kaufsumme als geschehen bezeugte. Daneben wurde jedoch zwischen beiden Brüdern noch ein anderer Vertrag geschlossen, der dazu bestimmt war, das wahre Rechtsverhältniß zwischen Beiden festzustellen. Danach sollte der Kaufmann Bauer nur gemiethet haben für ein jährliches Miethgeld von 240 Thalern und verpflichtet sein, sofort, wenn der Literat B. zurückkehre und des Hauses bedürfe, ihm dasselbe wieder zu überlassen. Bis zu dieser Zeit aber solle er alle Rechte eines juristischen Besitzers, also namentlich die possessorischen Rechtsmittel in eigenem Namen ausüben dürfen.

Unter dem erwähnten Hause befindet sich ein Weinkeller, den der Weinhändler Koch von dem Literaten Bauer für 800 Thaler gekauft hat, und welchen er als Weinschenke benutzt. Im Jahre 1851 erweitert derselbe den Eingang zu diesem Keller, indem er die schon bestehende Eingangsthür nach oben zu in die Wand des Hauses hinein vergrößert, ohne sich dabei an den Widerspruch des Kaufmanns Bauer zu kehren. Dieser sieht sich deshalb zur Anstellung des interdictum uti possidetis veranlaßt.

Die Statthaftigkeit dieses Interdicts bekämpft der Beklagte, indem er den juristischen Besitz des Klägers läugnet.

Denn 1) habe Kläger das Haus nicht wirklich, sondern nur zum Scheine gekauft, in der That sei er nur Miethsmann für seinen flüchtigen Bruder. Durch Zufall sei Beklagter in den Besitz des betreffenden Documentes gelangt, welches er seiner Einredeschrift beilegt.

Hiergegen bemerkt der Kläger, daß ihm in dem vorgelegten Miethvertrage ausdrücklich der juristische Besitz übertragen sei, was jedoch der Beklagte als eine unstatthafte und widersinnige Verabredung bezeichnet. (Vgl. l. 10 §. 2 l. 28 D. de acq. vel amitt. poss. (41. 2).)

Wie ist zu entscheiden?

2) Wolle man ganz absehen von dem Miethverhältniß des Klägers und ihn als Käufer betrachten, so habe doch durch den Kauf des Hauses o h n e d e n K e l l e r kein juristischer Besitz an der bloßen superficies vom Kläger erworben werden können; denn Beklagter habe unbestritten den juristischen Besitz des Kellers, mithin auch den an dem darüber befindlichen Gebäude.

Was läßt sich auf diesen Einwand erwiedern?

Vgl. l. 3 §. 7 D. uti poss. (43. 17.) (Ulpianus):

Sed si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moraretur, semper enim superficiem solo cedere. Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri qui κρύπτας possideret, sed ab eo, cujus aedes supra κρύπτας essent. Verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit.

---

§. 130. 131.

LXXVIII. Der Fischer P e t e r s e n aus Hammelvörde bemerkte eines Morgens, als er zum Fischfang ausfuhr, einen todten Wallfisch, der

vom Meere in die Elbe hereingetrieben war. Er ruderte hinzu und versuchte, ihn an das Ufer zu bringen; da ihm dies jedoch nicht gelang, so brach er wenigstens drei Zähne aus und hieb ein großes Stück Speck aus dem Leibe des Wallfisches, womit er sich nach Hause begab, um mit Hülfe Anderer den Wallfisch an's Land zu ziehen. Als er jedoch mit zehn andern Einwohnern seines Orts zurückkehrte, fand er, daß inzwischen bereits sechs Fischer aus Z., am entgegengesetzten Ufer, sich des Wallfisches bemächtigt hatten und bemüht waren, ihn an das jenseitige Ufer zu ziehen. Petersen beschloß sogleich, den Wallfisch ihnen wieder abzunehmen und ruderte mit seinen Begleitern nach dem andern Ufer. Sie kamen jedoch dort erst in dem Augenblicke an, als die Gegner eben den Wallfisch an das Land zogen. Dennoch gelang es ihnen durch ihre größere Anzahl, die Gegenpartei zu besiegen und den Wallfisch in ihre Gewalt zu bringen, den sie nun ohne Anfechtung nach Hammelvörde schafften. Der Anwalt der Fischer aus Z. bittet jetzt um ein Gutachten, mit welcher Klage seine Clienten wohl am Sichersten zu ihrem Rechte gelangen würden, ob sie wohl besser thun würden, das interdictum de vi oder das interdictum uti possidetis oder die rei vindicatio anzustellen. Zu bemerken ist dabei, daß der Wallfisch von dem Kaufmann Schwarze in Hammelvörde gekauft worden und in dessen Besitze ist, daß aber Petersen und seine Kameraden, bevor sie ihre Beute verkauften, erst noch mehrere Zähne und große Stücke Speck davon nahmen und unter sich vertheilten. Von dem Letztern, fürchten die Kläger, werde jetzt nur Wenig oder Nichts mehr vorhanden sein. Sie bitten aber namentlich auch darüber um Auskunft, wie sie zum Ersatze dieser Gegenstände gelangen könnten.

Der Anwalt der Kläger hält das interdictum de vi für den sichersten Weg, weil zu dessen Anstellung schon die bloße Detention berechtige, welche den Klägern nicht bestritten werden könne und weil damit auch gegen Petersen und Genossen geklagt werden dürfe, obgleich sie nicht mehr im Besitze seien. Den Einwand, das Interdict sei auf unbewegliche Sachen beschränkt, fürchte er nicht, da in l. 7 Cod. unde vi (8. 4.) (s. Nr. 76) die Ausdehnung auf bewegliche Sachen festgesetzt sei. Auch würde die Berufung auf die erlittene Gewalt seine Clienten selbst in petitorio schützen. Der Beweis des Eigenthums würde den Gegnern Nichts helfen, weil sie dasselbe durch Selbsthülfe verwirkt hätten. —

Mit der rei vindicatio getraut er sich deshalb nicht durchzubringen, weil zu der Zeit, wo die Kläger sich des Wallfisches bemächtigt hätten, derselbe nicht mehr herrenlos gewesen sei. Es würden nämlich die Gegner sich wohl mit Erfolg darauf berufen können, daß Petersen schon vorher den Fisch nicht nur bemerkt habe und zu ihm herangerudert, sondern durch das Anhauen und Herausziehen der Zähne wirkliche Besitzhandlungen vorgenommen und damit durch Occupation das Eigenthum erworben habe. Der Wallfisch sei von Petersen als sein Eigenthum bezeichnet gewesen.

l. 14 §. 1 D. de peric. et comm. r. v. (18. 6):

Videri autem trabes *traditas*, quas emtor *signasset*.

Zwar scheine für die Kläger zu sprechen

l. 5 §. 1 D. de acq. r. dom. (41. 1) (Gajus):

Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse et eousque nostram videri, donec eam persequamur. Quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis; itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, *quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.*

Vgl. §. 13 Inst. de rer. div. (II. 1).

Allein dies gelte doch wohl nur von lebenden Thieren und sei auf einen todten Wallfisch wohl nicht anzuwenden.

Ueberdies sei von der Gegenpartei auch darauf Gewicht gelegt worden, daß, als Petersen den Wallfisch verlassen, derselbe bereits im Flußbette festgelegen habe. Dieser Theil des Flußbettes aber gehöre den Einwohnern von Hammelvörde, weil sie die angrenzenden Grundstücke besäßen und mithin auch das auf dem Flußbette Befindliche, als Accession desselben, ähnlich wie eine im Flusse entstehende Insel. Vielleicht könne man auch die Grundsätze von der Alluvion anwenden.

Es scheine ihm sogar zweifelhaft, ob Petersen dadurch, daß er, um Beistand zu holen, nach Hause gegangen, den Besitz des Wallfisches verloren gehabt und ob derselbe nicht etwa gar den Besitz seiner Constituenten als einen gewaltsamen anfechten könne nach Analogie der Bestimmung Justinian's in l. 11 Cod. unde vi (8. 4), wonach gegen denjenigen das interdictum de vi gegeben wird, der sich eines Grundstücks, während dessen Besitzer abwesend ist, bemächtigt.

Es ist auf alle Fragen einzugehen, zu welchen in den bisherigen Ausführungen Anlaß gegeben ist.

LXXIX. In dem über des Kaufmanns H. Vermögen eröffneten Concurse meldete sich auch R. und nahm aus der Concursmasse 53 Jahrmarktsbuden als Eigenthum in Anspruch. Dieselben waren von H. der verwittweten X. an Zahlungs-Statt gegeben und von dieser auf R. übertragen worden. Zum Zwecke der Eigenthumsübertragung hatte sowohl H. der X., als auch wieder diese dem R. vor Gericht den Schlüssel zu dem Schuppen überreicht, worin die Jahrmarktsbuden in gerichtlicher Verwahrung gehalten wurden. Dieser Act wurde von den Vertretern der Concursmasse als ungenügend zur Besitz- und damit zur Eigenthumsübertragung angefochten, weil, wenn eine s. g. symbolische Tradition durch Uebergabe der Schlüssel wirksam sein solle, dieselbe in Gegenwart der Sache geschehen müsse:

l. 74 D. de contr. emt. (18. 1):

Clavibus traditis, ita mercium in *horreis* conditarum possessio tradita videtur, si claves *apud horrea* traditae sint.

LXXX. A. und B., Bewohner desselben Dorfs X. in Württenberg, schließen einen Tauschvertrag mit einander ab, wonach A. dem B. ein Grundstück unmittelbar bei dem Dorfe abtreten und dafür 3 Stück Ackerfeld (im Betrag von 750 fl.) und 50 fl. in baarem Geld erhalten sollte. Am bestimmten Tage wird dieser Tausch vollzogen, indem A. die 50 fl. und die 3 Stück Ackerfeld erhält und dafür dem B. erklärt: „Nun kannst Du den Zaun" (worüber Beide bisher gestritten) „hinstellen, wohin Du willst und mit dem Acker machen, was Du willst." Später veräußert A. dasselbe Grundstück an C. und derselbe setzt sich in Besitz desselben. Gegen diesen klagt A. mit der Eigenthumsklage, es wird ihm aber der Erwerb des Eigenthums bestritten, weil die Uebergabe und die oben angeführte Erklärung nicht in der Nähe und in dem Anblicke des Grundstücks geschehen sei.

l. 18. §. 2 D. de acq. poss (41. 2):

Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret vacuamque se tradere possessionem dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

LXXXI. Oskar Meier in Ungarn schreibt an seinen Bruder Rudolph M. in Berlin, er möge ihm dort eine Tischuhr nach neuestem Geschmacke besorgen und ihm zuschicken. Rudolph M. kauft die Uhr, nachdem er sie aber einige Tage bei sich stehen und beobachtet hat, bemerkt er, daß das Schlagwerk nicht mit dem Uhrwerk harmonirt und gibt sie deshalb dem Uhrmacher R. zur Reparatur zurück. Ehe er sie wieder zurückbekommt, stirbt er und dieß veranlaßt seinen Bruder, selbst nach Berlin zu reisen. Als er aber sich nach seiner Uhr umthut, erfährt er, daß über das Vermögen des Uhrmachers R. der Concurs eröffnet worden ist. Kann er jetzt die Uhr aus der Concursmasse als Eigenthum vindiciren? Sein Bruder hatte mit dem Uhrmacher verabredet, daß dieser, wenn es zum Abschicken komme, die Uhr verpacke, es müsse dieß aber sehr vorsichtig geschehen, weil sie nach Ungarn für des Käufers Bruder bestimmt sei. Die Vertreter der Concursmasse machen besonders geltend, daß Oscar Meier die bestimmte Uhr, welche sein Bruder gekauft, gar nicht gekannt habe, folglich keinen Besitz und kein Eigenthum daran habe erwerben können.

l. 34 pr. §. 1. D. de acq. v. am. poss. (41. 2) (Ulpianus):

Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus etc. §. 1. Sed si non mihi, sed procuratori meo possessio-

nem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur? Et cum placeat, *ignoranti* adquiri, poterit et *erranti*. Sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut adquiram possessionem.

l. 55 D. de acq. rer. dom. (41. 1). (Proculus):

In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; cum eo haereret, exemtum eum abstuli: num tibi videor *tuum aprum* abstulisse? Et si *tuum* putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desiisset an maneret? Et quam actionem mecum haberes, si desiisset tuus esse? Num in factum dari oporteret (quaero)? Respondit: Laqueum, videamus, ne intersit in publico an in privato posuerim, et si in privato posui, utrum in meo, an alieno, et si in alieno, utrum permissu ejus, cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim? Praeterea, utrum in eo casu ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut *si in meam potestatem pervenit, meus factus* sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset.

LXXXII. Der Dr. Gernau hatte öfters gegen seinen Freund, den Candidaten Ernst, geäußert, es sei sein sehnlichster Wunsch, bei guter Gelegenheit Goethe's Werke billig zu kaufen, aber freilich könne er nicht mehr als 15 Thaler daran wenden. Zufällig bot sich in einer Auction Gelegenheit, das Werk zu diesem Preise zu erstehen, und Ernst, der dabei zugegen war, that das Gebot von 15 Thalern, erhielt das Buch zugeschlagen und ließ es auf Gernau's Namen schreiben mit dem Bemerken, dieser werde es abholen lassen. In einer der vor dem Cataloge abgedruckten Bemerkungen war festgesetzt, daß Bücher, welche 3 Tage nach Beendigung der Auction nicht mit Bezahlung abgeholt würden, auf Kosten dessen, von dem sie erstanden, wieder versteigert werden sollten. Gernau war gerade damals auf einer weiten Reise abwesend, und da Ernst nach Ablauf von 3 Tagen an die Bezahlung gemahnt wurde mit dem Bemerken, daß widrigenfalls die Bücher von Neuem verauctionirt werden müßten, so entlieh dieser die 15 Thaler von seinem Stiefbruder Bach und ließ die Bücher abholen. Auf Bach's Wunsch schickte er diesem auch das Buch zum Lesen bis zu Gernau's Rückkehr. Da diese sich länger, als voraus bestimmt war, hinzog und Gernau seit langer Zeit Nichts von sich hatte hören lassen, so stellte Bach seinem Stiefbruder vor, man könne nicht wissen, was dem Dr. G. begegnet sei, ob er überhaupt zurückkommen werde, jedenfalls aber werde seine Kasse durch die Reise sehr mitgenommen sein und er werde keine Lust haben, 15 Thaler für ein Buch gerade jetzt auszugeben. Er solle es ihm doch überlassen und dafür außer den 15 Thalern noch die 3 Thaler behalten, die er ihm außerdem schuldete, jetzt habe er gerade Geld übrig, für später könne er nicht versprechen, es ihm abnehmen zu wollen. Ernst äußerte darauf, ihm sei es

im Grunde einerlei, wer das Buch bekomme, sofern es bezahlt würde, er möge die Sache mit dem Dr. Gernau ausmachen. Als dieser endlich zurückkehrte und von dem Handel erfuhr, begab er sich sofort zu Bach, um bei diesem sein nur geliehenes Eigenthum in Empfang zu nehmen. Bach will sich jedoch zur Herausgabe nicht verstehen, weil er ja das Buch von Ernst zu einer Zeit bekommen habe, wo Gernau noch kein Recht daran erworben. In der späteren Aeußerung Ernst's, ihm sei es einerlei, wer das Buch bekomme, liege ausgesprochen, daß er nicht mehr im Namen Gernau's besitzen wolle, mithin sei zur Zeit, wo dieser zurückgekehrt, nicht mehr res integra vorhanden gewesen und seine Ratihabition habe nicht zurückbezogen werden können, was beim Besitzerwerbe ohnehin unzulässig sei. Gernau wünscht zu wissen, ob er nicht dennoch auf Grund seiner Ratihabition eine Besitz- oder Eigenthumsklage anstellen könne. Für ihn scheint zu sprechen:

l. 42 §. 1 D. de acq. poss. 41. 2:

Procurator si quidem mandante domino rem emerit, *protinus* illi acquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem.

Außerdem, meint er, dürfe er sich wohl auch auf den Satz berufen, daß es auf den animus des Repräsentanten gar nicht ankomme, wenn der Tradent den Willen habe, in desselben Person den dominus zum Besitzer zu machen 13 D. de don. 39. 5, was hier der Fall gewesen, da das Buch auf seinen Namen in der Versteigerung geschrieben worden.

Findet auch der Satz: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest Anwendung?

§. 132 — 136.

LXXXIII. Der Schulze und Bauerngutsbesitzer Dorn hatte auf dem Grundstücke der Wittwe Sauer einige Pfähle eingeschlagen und der Letzteren innerhalb derselben die Rohrnutzung untersagt. Die Wittwe S. fand hierin eine Besitzstörung und stellte gegen Dorn das interdictum uti possidetis an. Der Beklagte räumt ein, daß er die Pfähle eingeschlagen, behauptet aber, er habe damit nur die Materialien zur Anstellung einer Eigenthumsklage gegen die Klägerin wegen Grenzfixirung sich verschaffen, nämlich die Grenzen des s. g. Schulzensees nach einer früheren Specialkarte bezeichnen wollen.

LXXXIIIa. Der Mühlenbesitzer Adam E. klagt wider den Mühlenbesitzer Franz R. und dessen Ehefrau wegen Störung im Besitze der Benutzung des O-Flusses, eines flumen publicum, und führt im Libelle an:

Laut Kaufvertrags vom 21. Juli 1848 habe er von seinen Eltern die am O-Flusse belegene, im Kaufvertrage bezeichnete Mahl-, Oel- und Schneidemühle erkauft und übergeben erhalten, besitze und nutze solche auch jetzt noch als deren Eigenthümer. Oberhalb dieser Mühle am rechten Ufer des O-Flusses sei ein Graben, der sogen. Salzgraben, abgeleitet, der ungefähr $1/2$ Stunde lang sei und sich dann wieder mit dem O-Flusse

vereinige. An diesem Graben liege die Mühle der Verklagten. Unmittelbar unterhalb der Stelle, an welcher sich dieser Graben aus dem Flusse abzweige, führe über Graben und Fluß eine hölzerne, jetzt fahrbare Brücke, welche, soweit sie den Fluß überspanne, in drei Joche getheilt sei. Unmittelbar unter derselben und an derselben sei eine Art von Wehr, bestehend in einem Fachbaum, durch den ganzen Fluß eingelegt, und an diesem Schutzbretter s. g. Schützen, angebracht, welche auf- und niedergelassen werden können. Der Vorbesitzer der Verklagten habe 1846 in seiner Mühle Turbinen angelegt und zu Folge dessen, und weil die Einsetzung sämmtlicher Schützen überflüssig geworden, seien die am linken Ufer des O-Flusses eingesetzten Schützen im Jahre 1846 entfernt worden. Seitdem sei das Wasser des O-Flusses ungehindert durch die freien Schützenfelder hindurchgeflossen, und „Kläger habe den Besitz ausgeübt, das seiner unterhalb dieser Stelle gelegenen Mühle zugeflossene Wasser zum Betriebe derselben zu benutzen. Neuerdings haben Verklagte aber die entfernten Schützen wieder eingesetzt und dadurch Klägers Besitz der Benutzung des Wasserstroms gestört." Das Klagepetitum geht dahin: es möge erkannt werden, daß Kläger im Besitze ungehindert durch die Schutzbretter geschützt werde, Beklagte aber schuldig seien, die eingesetzten Schützen zu entfernen und jeder Wiedereinsetzung derselben sich bei einer Geldstrafe von 50 Thlrn. zu enthalten, auch die Proceßkosten zu tragen.

Beklagte verneinten den factischen Inhalt der Klage, und trugen ferner vor:

1. Man hätte erwarten können, Kläger würde ein interdictum de flumine publico anstellen, dagegen habe er das interdictum uti possidetis erhoben, durch welches nur dingliche Rechte geschützt werden können. Das angebliche Recht des Klägers sei kein solches, lasse sich überhaupt gar nicht construiren.

2. Der Umstand, daß seit der im Libelle angegebenen Zeit bis neuerdings die Schutzbretter nicht wieder eingesetzt worden seien, finde lediglich darin Erklärung, daß in dieser Zeit genug Wasser vorhanden und daher keine Stauung desselben nöthig gewesen sei.

3. Für den Fall, daß die Klage als interd. aus dem 12. und 13. Titel des 43. Buchs der Digesten aufgefaßt werde, schützen Beklagte vor:

a. Die Brücke und das Wehr seien pertinenzialische Theile der Mühlenbesitzung der Beklagten, mit dieser von ihnen besessen, benutzt, vorkommenden Falles auch neu erbaut und hergestellt worden.

b. Den jeweiligen Eigenthümern der Mühle habe das Recht zugestanden, von den Passanten der Brücke einen Brückenzoll zu erheben, dagegen seien sie verpflichtet gewesen, die Schutzbretter aufzuziehen, wenn Flöße die Brücke passirten. Diese sämmtlichen Schützen seien seit mehr als 200 Jahren, von jetzt an gerechnet, von den Eigenthümern der beklagtischen Mühle resp. in deren Namen und durch ihre Leute je nach Belieben und Bedürfniß eingesetzt, ohne daß die Besitzer der klägerischen Mühle Widerspruch dagegen erhoben haben.

Kläger replicirt, die von den Beklagten vorgetragenen Thatsachen leugnend:

1. Die angestellte Klage sei als possessorium ordinarium hinreichend dadurch fundirt, daß Kläger anführe, er besitze die Mühle und habe den O=Fluß, soweit derselbe unter der Brücke weglaufe, ungehemmt durch die Schutzbretter mehrere Jahre hindurch benutzt.

2. Die von den Beklagten aufgestellten Behauptungen betreffen das Recht, nicht aber den Besitz.

3. Die Besitzung der Beklagten sei früher Saline gewesen, nnd nur zum Betriebe derselben seien die Schutzbretter eingesetzt. So lange die Saline nicht im Gange gewesen, seien die Schützen immer herausgenommen worden, namentlich von Anfang Winters bis Ende Frühjahrs seien die Schutzbretter entfernt geblieben. Nach Eingang der Saline seien mehrere Mahlgänge errichtet. Das Recht der Stauung für die Saline dürfe auf die Mühle nicht extendirt werden.

Das Factische aller replicarischen Behauptungen haben die Beklagten geleugnet.

LXXXIV. Der Tischlermeister Jansen fuhr während der Roggenernte 1850 über das Grundstück des Landwirths Dornburg, welcher ihm dieß sofort untersagte und darauf am 2. October 1850 eine possessorische Klage auf Schutz im Besitze gegen Jansen anstellte. Dieser entgegnete, es sei ihm zwar das Fahren vom Kläger untersagt worden, allein er habe sich nicht daran gekehrt, sondern sei noch nach dem Verbote und vor Anstellung der Klage mehrmals ohne Widerspruch des Klägers über dessen Grundstück gefahren. Folglich sei zur Zeit der angestellten Klage er, der Beklagte, im Besitze der Fahrgerechtigkeit gewesen.

S. a. Nr. 78.

LXXXV. Ist in folgenden Fällen eine Besitzklage zulässig:

I. Der Gutsbesitzer A. klagt gegen die Gemeinde X. aus Anlaß einer von dieser auf seinem Gute unbefugter Weise ausgeübten Schafhut und zwar bezeichnet er die Klage als possessorisches Rechtsmittel, indem er um Schutz im Besitze der Freiheit seines Grundstücks bittet. Gegnerischer Seits wird diese Klage als unstatthaft angefochten, weil es keinen Besitz der Freiheit eines Grundstücks gebe, überhaupt aber in Fällen, wie der vorliegende, der Grundbesitzer, selbst sein Recht zum Widerspruche vorausgesetzt, doch keine possessorische Klage erheben könne; denn es fehle hier 1) die Duplicität, das wesentliche Erforderniß des interdictum retinendae possessionis; 2) die Anmaßung des Eigenthumsbesitzes von Seiten des Beklagten, welche nach

l. 3 §. 2 D. uti possidetis (43. 17) Ulp.:

Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; etenim *videris mihi possessionis controversiam facere*, qui prohibes me uti mea possessione.

eine wesentliche Voraussetzung für das interdictum uti possidetis sei.

3) Daß für derartige Fälle ganz andere Klagen anzuwenden seien, gehe u. A. hervor aus l. 13 §. 7 D. de injur. (47. 10) Ulp.:

Si quis re mea uti me non permittat, nam et hic injuriarum conveniri potest.

Ist die Klage abzuweisen? —

II. A. erhebt gegen B. eine Besitzklage, welche er darauf gründet, daß das Wasser des in seinem (des Klägers) Keller befindlichen Brunnens durch das Eindringen der aus dem daran stoßenden von B. als Kuhstall benutzten Keller abfließenden Jauche ungenießbar werde.

Ist diese Klage statthaft?

§. 137—139.

LXXXVI. Der Gärtner Stephan zu O. führt in einer gegen die dortigen Einwohner Becker und Collmann eingereichten Klage Folgendes an:

Er besitzt mit verschiedenen Einwohnern des Städtchens O., darunter der Oeconom Becker und der Seifensieder Collmann, gemeinschaftlich einige Grundstücke an einem Abhange; das Becker'sche und Collmann'sche liegen höher, als das seinige. Beide sind übrigens der Länge nach durch einen Feldweg von einander getrennt. Das bei Regen sich sammelnde Wasser wurde bisher durch einen Graben oder eine tiefe Furche, welche die Grundstücke Becker's und Collmann's durchschneidet, auf den Feldweg geleitet und von da dem daran stoßenden Garten Stephan's zugeführt, welcher dasselbe zur Wässerung des Gartens benutzte.

Im Jahre 1850 veränderten aber Becker und Collmann ihre Aecker zum Theil in Wiesen und verhinderten nunmehr den Ablauf des Wassers, das sie jetzt zur Wässerung der Wiesen benutzten, durch Dämme.

In Folge dessen klage er jetzt gegen Becker und Collmann auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, namentlich also Wegräumung der Dämme, auf Wässerung seines Gartens durch den erwähnten Wassergraben, welches er durch unvordenkliche Verjährung erworben habe.

Die Beklagten räumten die in der Klage behaupteten Thatsachen, soweit sie oben in der Einleitung mitgetheilt worden, ein, bestritten aber, daß daraus ein Wässerungs**recht** hergeleitet werden könne, denn es sei damit durchaus Nichts angeführt, worin eine Ausübung der Wässerung als ein **Recht** ausgesprochen liege. Daß ein Zustand factisch bestanden habe, genüge nicht.

Der Kläger erwiedert hierauf: bei solchen Rechten, deren Ausübung mit einer **bleibenden Anlage** verbunden sei, wie hier das Recht auf Wässerung mit dem Wassergraben, liege die Absicht, ein **Recht** auszuüben, schon in dem Bestehen dieser **Anlage**.

Bei vorgenommenem richterlichem Augenschein stellt sich heraus, daß der in der Klage erwähnte Wässerungsgraben in einer durch das herabströmende Wasser vergrößerten **Furche** besteht. In dieser **Vergröße**=

rung findet der Kläger den behaupteten Besitz eines Rechts zur Wässerung, hält übrigens den Besitz gar nicht für nothwendig, da ja das Bestehen eines Zustands seit unvordenklicher Zeit denselben zu einem rechtlichen mache; der Beklagte behauptet, es sei dazu nöthig die Anlage eines Grabens von Menschenhand.

Wer hat Recht?

LXXXVII. Im Jahre 1845 klagte der Gemeindevorstand zu D. gegen den Gutsbesitzer Neumann daselbst mit dem Anführen, von Altersher sei es in der Gemeinde D. üblich gewesen, daß, wer sich daselbst ankaufe, als Einheimischer 1 Thaler, als Fremder 2 Thaler zur Gemeindecasse unter dem Namen Leihkauf zu entrichten gehabt habe; insbesondere sei diese Abgabe seit 1814 in 14 verschiedenen vorgekommenen Ankaufsfällen unweigerlich geleistet worden. Auch die Vorbesitzer des dem Beklagten jetzt zustehenden Guts hätten bei den über dasselbe in den Jahren 1781, 1812, 1829 abgeschlossenen Käufen jene Abgabe bezahlt. Beklagter aber, der sich im J. 1843 als Fremder in D. angekauft, weigere sich, die Gebühren zu entrichten, weßhalb Kläger um Schutz im „älteren Besitze" der Leihkaufserhebung bat, bis Beklagter ein entgegenstehendes Recht in petitorio werde ausgeführt haben.

Der Beklagte entgegnete hierauf:

1) von Besitz und Schutz im Besitze könne bei einer derartigen Befugniß, wie sie in der Klage beansprucht sei, gar nicht die Rede sein, da diese Befugniß obligatorischer Natur sei;

2) wollte man aber der fraglichen Abgabe die Natur einer dinglichen auf den einzelnen Grundstücken ruhenden Last beilegen, so würde alsdann eine Besitzklage nur durch Handlungen, die in Bezug auf das Grundstück des Beklagten vorgenommen worden, begründet werden können. Demnach seien die in der Klage angeführten Fälle, wo der Leihkauf von andern Grundstücken entrichtet worden, für diesen Proceß ganz gleichgültig. Die drei Fälle aber, wo Vorbesitzer seines, des Beklagten, Gutes die Abgabe bezahlt hätten, seien deshalb irrelevant, weil jene Vorbesitzer Einheimische gewesen, also nicht völlige Gleichheit des Falles vorliege.

3) Kläger habe in seiner Klage anzuführen unterlassen, was doch wesentlich zur Begründung derselben gehört hätte, daß und auf welche Weise sich Beklagter in den jüngsten Besitz des streitigen Rechts gesetzt habe, worauf doch die Anstellung des possessorium ordinarium beruhe, als wobei nur Schutz im älteren Besitze verlangt werde.

Als darauf der Kläger in erster Instanz zum Beweise seiner Klage zugelassen worden, appellirte Beklagter hiergegen. Es entstand dadurch die Frage, ob der Gegenstand die appellable Summe erreiche. Der Beklagte behauptet dieß, weil sich die Zahl der Fälle, in welchen die Entrichtung der fraglichen Abgabe eintreten könne, gar nicht berechnen lasse und weil die res judicata im vorliegenden Processe ein Präjudiz für künftige Streitigkeiten über diese Abgabe bilden würde, so daß, wenn die Gemeinde durchdränge, sie gegen Solche, die künftig den Leihkauf ver-

weigern wollten, sich der actio judicati oder exc. rei judicatae bedienen könnte.

Es sind folgende Fragen zu beantworten:

1) Ist die Appellation des Beklagten zulässig und kann er sich über das Erkenntniß erster Instanz mit Recht beschweren?

2) Kann die Gemeinde D. sich auf ein partikuläres Gewohnheitsrecht für die Verpflichtung zu jener Abgabe berufen?

3) Wenn die Gemeinde zu den Proceßkosten verurtheilt wird, kann alsdann auch Neumann angehalten werden, seinen Beitrag als Gemeindeglied zu geben? —

LXXXVIII. Der Canzlist Böhner bei dem Obergerichte zu M. im Hessischen bezog lange Zeit hindurch, seit seiner Anstellung i. J. 1821 bis zum Jahre 1840, für jede in seiner amtlichen Eigenschaft vorgenommene Beglaubigung, sowie für jede Designation des Gerichts und als Stempelkosten bei Kostenbestimmungen eine Gebühr von 3 Groschen. Im Jahre 1840 aber wurde vom Justizministerium dem Sportelerheber aufgegeben, jene Gebühren nicht mehr an den Canzlisten Böhner, sondern an die Staatskasse abzuliefern. Böhner erhob deshalb eine Klage auf Wiedereinsetzung in den Quasibesitz des Bezugs der fraglichen Gebühren. Er bezog sich dabei auf den durch die Praxis der hessischen Gerichte, sowie durch neuere Theoretiker anerkannten Satz, daß auch an der Berechtigung der Staatsdiener auf Beziehung ihres Gehalts ein Quasibesitz angenommen und dem entsprechend possessorische Klagen zugelassen werden können.

Der Staatsanwalt, gegen welchen die Klage gerichtet war, bemerkte dagegen: durch die Verleihung eines Amts, mit welchem unständige Gebühren verbunden seien, erhalte der Diener ein Recht nur auf den Fortbezug des Diensteinkommens im Ganzen, nicht auf die einzelnen Gebühren, die bei seiner Ernennung mit der Stelle verknüpft seien. Mithin liege in der Beziehung der fraglichen Gebühren keine Ausübung eines besonderen Rechts auf diese, da der Staatsdiener dem Staate gegenüber nur ein Recht auf Fortbezug des Diensteinkommens im Ganzen habe.

LXXXIX. Jacob Dümmler besitzt einen Waldtheil, der Hirschberg genannt, neben dem Walde der v. P'schen Gutsherrschaft, in welchem letztern sich eine Walze befindet, das heißt: eine Einrichtung zum Fortschaffen von Holz aus dem Walde, hauptsächlich zum Zwecke des Wegflößens auf dem benachbarten Flusse. Dümmler benutzte diese Walze auch für das in seinem Waldtheile gewonnene Sägeholz und wurde deshalb in den Jahren 1852 und 1853 von dem Forstamte der Gutsherrschaft bestraft. In Folge dessen betrat er im December 1853 mit einer Klage bei dem betreffenden Gerichtshofe den Rechtsweg, mit der Bitte um Schutz im Besitze des Rechts, das Sägeholz aus seinem Walde durch

den v. P'schen Waldtheil an die Walze und von da an nach dem Fluß zu schaffen. Er berief sich darauf, daß er und seine Besitzvorgänger von jeher das im Hirschberge gewonnnene Holz über die fragliche Walze gewälzt und über das Eigenthum der Gutsherrschaft weiter abgeführt.

Im Beweisverfahren wurde auf der einen Seite durch Zeugenaussagen festgestellt, daß die Walze vom Kläger seit 1842 bis zum J. 1852 wiederholt benutzt worden, daß D. im J. 1852 von der Forstverwaltung bestraft worden, weil er „mit so wenig Vorsicht gewälzt habe," und diese Strafe bezahlt habe, daß er kurz darauf bei der P'schen Forstverwaltung Erlaubniß zur Benutzung der Walze eingeholt, im folgenden Jahre 1853 jedoch wieder, ohne um Erlaubniß anzusuchen, gewalzt habe. Als er deshalb von der Forstbehörde zur Verantwortung gezogen wurde, hatte er sich auf ein ihm zustehendes Recht berufen, die ihm zuerkannte Strafe nicht gezahlt, sondern sofort nach etwa 4 Wochen gerichtliche Klage auf Schutz im Besitze erhoben. —

XC. Der am 30. April 1852 zu B. verstorbene Kaufmann Ludwig Müller hat in seinem Testamente seinen dritten Sohn, Constantin, zum Universalerben ernannt. Zum Nachlasse des Testators gehörte ein Oelfabrik- und Raffinir-Geschäft, welches von ihm bis an seinen Tod betrieben worden. Um dasselbe fortzusetzen, ließ sich sein Erbe in die Gewerbe-Steuerrolle aufnehmen, den Besitz der Häuser, in welchen sich die Fabrik nebst Zubehör und Comptoir befinden, auf seinen alleinigen Namen schreiben, ferner die Fabrik und deren Utensilien zum völligen Betriebe in Stand setzen und an die Arbeiter die ausdrückliche Erklärung ergehen, daß sie fortan in seinem Dienste ständen; auch benachrichtigte er mittelst Circulars vom 1. Juli 1852 seine Geschäftsfreunde von der Uebernahme des Geschäfts. Sofort ließ jedoch sein älterer Bruder, welcher im väterlichen Testamente nur mit einer bestimmten Summe bedacht worden und deshalb das letztere angefochten hatte, am 5., 6. und 7. Juli in mehrere öffentliche, namentlich in die zu B. erscheinenden Blätter folgende Bekanntmachung einrücken, von welcher er besondere gleichlautende Abdrücke in Form von Rundschreiben an B'sche Kaufleute versandte:

„Mit Bezug auf das Circular des Herrn Constantin Müller „vom 1. d. M. erkläre ich hiermit die Angabe, als führe er das Oel- „fabrik- und Raffinir-Geschäft des Kaufmanns Ludwig Müller „hier laut dessen letztwilliger Verordnung fort, für unrichtig und wird „diese Erklärung durch den nächstens erfolgenden vollständigen Abdruck „des Testaments Bestätigung finden. Zugleich zeige ich an, daß bereits „die nöthigen Schritte zur Vernichtung des Testaments und zur Auf- „klärung dieser sonderbaren Testaments-Geschichte nebst Zubehör ge- „than sind.

B. d. 3. Juli 1852.

Julius Müller, Kaufmann."

Durch diese Bekanntmachung, welche nach einer Aeußerung Julius M's. 14 Tage lang fortgesetzt werden sollte, glaubt der Erbe Constantin M. in seinem Credit und in dem freien, vollständigen Betriebe seines Geschäfts behindert zu sein, und erhebt deshalb eine Klage wegen Störung im ruhigen Besitze des bezeichneten Geschäfts und des Rechts zum Betriebe desselben.

Ist diese Klage zulässig?

XCI. Zu dem Grundstücke der verwittweten Christiane Nolte in Leipzig gehört ein am östlichen Ende desselben stehender Schuppen, der auf der Mittagsseite den Ausgang nach einem Platze, dem Roßplatze, hat. In diesen Schuppen und aus demselben ist sie und ihr Ehemann seit 1834 mit Wagen, besonders mit dem Rüstwagen, der in besagtem Schuppen steht, ungestört ein- und ausgefahren. Am 15. Juni 1844 aber errichtete Carl Richter auf dem Roßplatze eine Planke und machte es der Wittwe N. dadurch unmöglich, in der bisherigen Weise in den Schuppen und aus demselben zu fahren. Sie reicht deshalb am 12. Juni 1845 eine Klage auf Wegnahme der Planke gegen C. R. ein, welche Klagschrift diesem am 4. Juli insinuirt wird.

Der Beklagte entgegnet, nicht er, sondern der Stadtrath, als von welchem er den mit der Planke umgebenen Theil des Roßplatzes gekauft habe, sei zu belangen, denn wenn hier eine Besitzstörung vorliege, so falle sie dem Stadtrath zur Last. Diesem denunciirt er auch sofort litem, worauf der Stadtrath durch seinen actor ausführen läßt:

1) die Klage sei weder als petitorische durch Ersitzung begründet, noch als possessorische Servitutenklage zulässig, denn der Roßplatz sei ein öffentlicher Platz im Sinne von

l. 2 §. 3 D. ne quid in l. publ. etc. (43, 8):

Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas, et ad insulas, et ad agros, et ad vias publicas itineraque publica pertineat.

Die vom Kläger behaupteten Handlungen der Ausübung seien daher nicht als Ausübung eines eigenen, besonderen Rechts, einer Servitut, anzusehen, sondern sie seien in der Ueberzeugung vorgenommen worden, den Platz wie alle anderen Gemeindeglieder als öffentlichen Platz zu benutzen, es könne darauf also keine Ersitzung einer Servitut gestützt werden und ebensowenig eine Klage auf Schutz im Quasibesitze der Servitut, denn es greife hier die Bestimmung der l. 25 D. quemadm. serv. amitt. (8. 6) Platz:

Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit; ideoque si quis *pro via publica* vel pro alterius servitute usus sit, *nec interdictum, nec actio utiliter competit.*

2) als interdictum uti possidetis sei die Klage bereits verjährt, weil sie erst am 4. Juli dem Beklagten insinuirt worden.

Der Kläger beharrt in einer weiteren Eingabe 1) darauf, daß Richter, nicht der Stadtrath der rechte Beklagte sei;

2) an einem solchen Platze, der im Eigenthum einer universitas stehe, könnten auch Servituten erworben werden;

3) das von ihm behauptete Fahren sei Ausübung einer Servitut gewesen; dem stehe auch l. 25 cit. nicht entgegen, denn sie spreche von einer Ausübung im Namen der Gemeinde, als Gemeindeglied, nicht in eignem Interesse, hier sei aber die Ausübung im eignen Interesse geschehen;

4) das interdictum uti possidetis sei noch nicht verjährt, weil die Klage noch innerhalb der Verjährungszeit eingereicht sei;

5) er habe in seiner Klagschrift die Klage nicht benannt, sie könne nach den angegebenen Thatsachen, wenn sie als Servitutenklage nicht zugelassen würde, als interdictum ne quid in loco publico fiat angesehen werden, für welchen Fall er die Anführung besonderer Besitzhandlungen als überflüssig zurücknehmen wolle.

XCII. In einer Klage, welche i. J. 1843 der Procurator des Fiscus gegen den Gutsbesitzer Born zu Bornstedt erhob, wurde von Ersterem behauptet, der Staatsfiscus befinde sich seit rechtsverjährter Zeit, vom J. 1843 zurückgerechnet, im Besitze der Befugniß, das Holz und die übrigen Forstproducte, welche in dem fiscalischen Walde, der Küchwald genannt, geschlagen oder sonst gewonnen und den der Forstproducte bedürfenden Einwohnern der Dörfer F., G. und D. angewiesen und käuflich überlassen worden, durch die gedachten Einwohner aus dem Küchwalde auf dem in der Klage näher bezeichneten Fahrwege in der daselbst angegebenen Richtung über den Grund und Boden des Beklagten abfahren zu lassen, auch seien während dieser Zeit die Einwohner der genannten Dorfschaften, so oft sie in der besagten Waldung Holz oder sonstige Forstproducte erkauft und ausgeliefert erhalten, stets auf diesem vom herrschaftlichen Förster den Käufern angewiesenen Wege in den Wald und mit beladenen Wagen zurückgefahren. Beklagter habe gleichwohl im Sommer 1843 durch Umackerung jenes Holzabfahrwegs und Verwandlung desselben in Feld das Fahren verhindert. Es möge daher erkannt werden, daß dem Kläger das angeführte Recht zustehe und Beklagter den Weg wieder fahrbar herzustellen, auch fernerer Beeinträchtigungen bei Strafe sich zu enthalten habe.

Der Beklagte setzte dem entgegen,

1) Kläger habe nicht vermocht, sich auf eigne Besitzhandlungen zu beziehen, fremde Besitzhandlungen aber könnten ihm nicht zum Vortheile gereichen;

2) wollte aber Kläger den Erwerb durch Handlungen jener Einwohner als Erwerb durch Stellvertreter betrachten, so würde das darum unstatthaft sein, weil beim Erwerb durch Stellvertreter auf die Person des Repräsentanten gesehen und Alles erfordert werde, was zu dessen eigenem Besitzerwerbe nöthig sei, hier also, wo die Repräsentation durch

mehrere Gemeinden, also Corporationen geschehen, hätte der Besitz durch die Vorsteher erworben werden müssen oder zum Wenigsten hätten alle Einwohner jener Dorfschaften dabei thätig sein müssen und zwar gleichmäßig, allein weder alle hätten dabei mitgewirkt, noch hätten alle denselben Weg gewählt, einzelne seien auf einem andern Wege gefahren. Einer derselben habe auch stets bei Beklagtem um Erlaubniß gebeten. Auch sei zum Erwerbe durch Stellvertreter ein Auftrag an diese erforderlich, der hier nicht vom Kläger angeführt sei.

Gegen den ersten Theil dieser Einwendungen beruft sich Kläger auf

l. 1 §. 7 D. de itinere etc. 43. 19:

Is cujus colonns aut hospes aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via et idcirco interdictum habet, et haec ita Pedius scribit et adjicit: etiam si ignoravit, cujus fundus esset, per quem iret, retinere eum servitutem.

l. 20 D. quemadm. serv. am. (8. 6):

Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessione ejus est, aut mercenarius aut hospes aut medicus, quive ad visitandum dominum venit, vel colonus aut fructuarius.

cf. l. 1 §. 11. l. 3 §. 4 D. 43. 19.

Gegen das Zweite bemerkt er, es sei hier von einem Erwerbe nicht durch die Gemeinden als solche, sondern durch die Einzelnen die Rede. Ein Auftrag liege übrigens in der Anweisung eines bestimmten Wegs, die von seiner, Klägers, Seite erfolgt sei.

Der Beklagte läßt sich durch die angeführten Pandektenstellen nicht überzeugen, denn, sagt er, in denselben sei nur von Interdicten für den im Quasibesitz einer Servitut Befindlichen, nicht von dem Erwerbe einer Servitut durch usucapio die Rede. Diese sei ja überhaupt zur Zeit der Pandektenjuristen unzuläſsig gewesen, weil durch die Lex Scribonia die Anwendung der usucapio bei Servituten aufgehoben worden.

l. 4 §. 29 l. 10 §. 1 D. (41. 3) l. 14 pr. D. de servit. D. (8. 1).

Kann sich der Kläger vielleicht auf ein particuläres Gewohnheitsrecht berufen? Er meint, dadurch würde der Einwand, daß nicht alle Einzelnen sich des Wegs bedient, beseitigt, weil dabei nur auf das oft und regelmäßig (frequenter) Vorkommende gesehen werde.

Hat der Kläger nöthig, alle Behauptungen der Klage, insbesondere auch die Anweisung des fraglichen Wegs durch den Forstbeamten zu beweisen? —

Oder muß die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden? —

XCIII. Der Pachter Ackermann in dem Dorfe A. legte auf seinem Grund und Boden einen Kalkbruch und zur Ableitung des in demselben sich sammelnden Wassers eine Schleuße an, die unter dem Dorfwege hinweggehend in dem Garten des Müllers Reinhardt ausmündet. Zur Anlage dieser Schleuße hatte die Gemeinde A. ihre Zu-

stimmung und Genehmigung ertheilt und mittelst derselben hatte Ackermann seit Anfang des Jahres 1846 bis Ende Septembers 1848 dem in seinem Kalkbruche sich sammelnden Wasser Abfluß verschafft. Am 28. September 1848 ließ jedoch Reinhardt die Schleuße da, wo sie in seinen Garten ausmündete, mit Erde und Rasen zustopfen und zuwerfen. Da hierdurch der Abfluß des Wassers aus Ackermann's Kalkgrube verhindert und derselbe genöthigt wurde, die Arbeiten im Kalkbruche einzustellen, so erhob er wider Reinhardt die actio spolii, indem er dessen Handlung als ein gegen ihn verübtes spolium darstellte.

Der Beklagte bestreitet, daß hier ein spolium vorliege. Wenn man auch für den Begriff eines spolium keine wirkliche Gewalt verlangen wolle, obgleich die actio spolii nur dem interdictum *de vi* nachgebildet sei, so müsse doch zur Begründung jener a. sp. eine schon an sich widerrechtliche Handlung vorliegen.

Widerrechtlich sei allerdings auch die Störung in Ausübung einer Servitut, aber nur, wenn das *jus in re aliena* als solches bewiesen sei. So lange es sich dagegen nur um den Besitz eines solchen Rechts handle, so sei der Eingriff in dieses angebliche Recht noch keine widerrechtliche Handlung an sich, eine die actio spolii begründende Störung müsse eine an sich und schon ihrer Form nach widerrechtliche Handlung sein, z. B. die Pfändung eines über das Grundstück Gehenden, überhaupt Gewalt, Zwang oder Betrug, weil solche Handlungen nach der allgemeinen rechtlichen Ordnung unter keinen Umständen im Staate geduldet werden können.

c. 3 Redintegranda C. III. qu. 1.

Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserunt, funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut captivitate aut *dolo aut violentia majorum* aut per quascunque *injustas* causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem etc.

Dagegen dürfe dem Eigenthümer einer Sache nicht zugemuthet werden, wegen eines fremden Besitzes eines Rechts an derselben auch diejenigen an sich erlaubten und rechtmäßigen Handlungen zu unterlassen, welche Ausflüsse der Freiheit seines Eigenthums sind, sollte er durch dieselben auch jenen Besitz stören oder gar entziehen. Sonst würde man das Eigenthum dem Besitze unterordnen, man würde den Eigenthümer zum Schutze des bloßen Besitzes eines Andern des vollen Gebrauchs und Genusses seines Rechts berauben und so würde die Freiheit des Eigenthums rein illusorisch werden. Auch würde sonst kaum ein Fall vorkommen, wo nicht die actio spolii Statt fände.

Es bleibe in derartigen Fällen, wie der vorliegende, dem Besitzer des Rechts nur übrig, das Recht selbst in petitorio geltend zu machen.

XCIV. Folgende Fälle sind zu entscheiden:

1) Am 3. März 1834 klagt M. gegen den Pachter des v. A'schen Guts, indem er anführt, er sei im Besitze des Rechts, den Hofraum des v. A'schen Guts zu benutzen, um darüber zu gehen, sowie mit Schiebkarren und Handwagen darüber zu fahren. In der Ausübung dieses Rechts, welche er seit October 1833 an dreißig verschiedenen Tagen vorgenommen habe, sei er vom Beklagten gestört worden. Nachdem ihm der Beweis seiner Behauptungen nachgelassen worden, beweist er seit dem 4. October 1833 16 Fälle der Benutzung durch Fahren mit einem Handwagen und zwölf Fälle der auf bloßes Gehen beschränkten Ausübung. Es fragt sich, ob und in wie weit nach diesem Beweise M. geschützt zu werden verlangen kann.

2) Der Procurator des Fiscus in X. will gegen den Ackermann H. eine Klage wegen Besitzstörung erheben, weil der Letztere sich dem Abfahren der Heuerndte einer herrschaftlichen über seine, des H., Wiese widersetzt. Es kann in der Klage nur eine einmalige Fahrt in jedem Jahre, auch vom vergangenen, behauptet und bewiesen, auch nur eine einmalige Fahrt, nämlich im Monat Juli, beansprucht werden, weil es sich nur um einmalige Erndte handelt. Welches Rechtsmittels muß sich der Vertreter des Fiscus bedienen? Er wünscht eine possessorische Klage anzustellen; gibt es eine solche, die hier am Platze wäre? —

3) M. klagt am 5. October 1836 wegen Störung in der Ausübung eines Fußwegs über eine Wiese der Wittwe C. von und nach seiner Mühle gegen die Besitzerin der Wiese. Den ihm aufgelegten Beweis seines Besitzes der Fußwegsgerechtigkeit sucht Kläger zu führen durch Zeugen, deren Aussagen ergeben, daß M. im Jahre 1835 während der 3 letzten Monate den Weg mindestens 25 Mal an verschiedenen Tagen benutzt habe und daß er an einer öfteren Benutzung durch den hohen Wasserstand und die eingetretene Ueberschwemmung verhindert worden sei. Dagegen beweist die Beklagte, daß M. im Januar 1836 sie, die Beklagte, um Erlaubniß gebeten hat, den Fußweg benutzen zu dürfen, die ihm auch gewährt worden; daß auch schon M's Vorgänger im Besitze der Mühle, X., bis zum Juni 1835, wo die Mühle an M. übergegangen, deren Fußpfad nie anders, als nach vorhergegangener Erlaubniß der C. benutzt hat. — M. glaubt, seiner Beweisführung noch dadurch nachhelfen zu können, daß Zeugen über seine Ausübung vom Juli bis September 1835 abgehört würden. Kann ihm dieß Etwas helfen und kann er es verlangen? — Die Beklagte hält dagegen die ganze Beweisführung des M., auch abgesehen von der Wirkung des Gegenbeweises, schon deshalb für ganz mißlungen, weil M. nur Besitzhandlungen aus dem Jahr 1835, also aus einem andern Kalenderjahr, habe beweisen können. — Entscheidung.

XCV. Durch Beschluß des Stadtraths zu Grabenstein wurde im Juni 1838 dem Kaufmann Willig daselbst auf sein Nachsuchen zugestanden, daß ihm das laufende Wasser aus der städtischen Wasserleitung

unter gewissen Bedingungen gewährt werde. Schon im November desselben Jahres zog jedoch die genannte Behörde die ertheilte „Begünstigung zum Mitgebrauche des laufenden Wassers aus der Wasserleitung" wieder zurück nnd gab dem städtischen Wasserleiter auf, die bereits eingerichtete Leitung des Wassers nach Willig's Hof abzustellen. In Folge davon klagte Willig unter Anführung der erwähnten Thatsachen auf Schutz im Besitze der erwähnten Wassergerechtigkeit mit dem interdictum de aqua quotidiana. Der beklagte Stadtrath wandte ein, daß dieses Rechtsmittel in Bezug auf Wasserleitungen aus öffentlichen Behältern nach Römischem Rechte keine Anwendung finde. — Dieß liege schon in den Worten des Edicts:

Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario *ab illo* duxisti, quominus ita ducas vim fieri veto (l. 1 pr. D. de aq. quot. 43. 20).

Auch gehe es hervor aus l. 1 §. 39 eod.

Hoc interdictum necessario propositum est, namque superiora interdicta ad eos pertinent, qui a capite ducunt, vel imposita servitute, vel quia putant impositam; aequissimum visum est, ei quoque qui ex castello ducit, interdictum dari, id est: ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit, castellum accipe.

Ist dieß richtig?

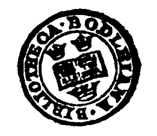
Wenn ein besonderes Interdict für öffentliche Behälter gegeben ist, kann das in der Klagschrift unrichtig genannte Interdict als dasjenige aufrecht erhalten werden, welches hier am Orte sein würde?

XCVI. Der Gemeinde R. wird von dem Besitzer des an das Dorf stoßenden Guts v. Z. die von derselben behauptete und ausgeübte Berechtigung, über den Hof des v. Z. ihre Viehheerden zur Hut zu treiben bestritten und deshalb von Letzterem die Actio negatoria erhoben, worauf der Gemeinde R. der Beweis ihres behaupteten Rechts auferlegt wird. Während des Processes wird eines Tags, als gerade die Schweineheerde der Gemeinde zur Hut durch den Hof des Guts getrieben werden soll, das Thor dieses Hofs auf v. Z's Befehl verschlossen.

Der Hirt macht davon sofort dem Ortsvorstande Anzeige; dessen Aufforderung an v. Z., das Thor zu öffnen, bleibt jedoch fruchtlos.

Der Ortsvorstand wendet sich an einen Rechtsanwnlt mit der Anfrage, ob er für den Fall, daß v. Z. bei seiner Weigerung und dem Verschlossenhalten des Thors beharre, befugt sei, durch einen Schlosser die Oeffnung vollziehen und so den Uebertrieb der Heerden vornehmen zu lassen, oder ob er sich auf die Weitläufigkeit eines Processes einlassen müsse?

Wie ist darauf zu antworten?



Fünftes Buch.

Die Rechte an Sachen.

Erstes Capitel. Allgemeines.

§. 141.

XCVII. Zwischen den Gemeinden Neuendorf und Oberndorf entstand Streit hinsichtlich des Rechts, Laub, Streu und Moos in einem der Gemeinde Neuendorf gehörigen Walde zu sammeln. Die letztere klagte negatorisch gegen die Gemeinde Oberndorf, weil diese das ausschließliche Recht zu sammeln beanspruchte. Daß das Eigenthum des fraglichen Waldes der Klägerin zustehe, war nicht bestritten, und es war daher nur der beklagten Gemeinde O. der Beweis ihres behaupteten ausschließlichen Rechts auferlegt worden. Diesen Beweis suchte sie zu führen durch Zeugenaussagen, woraus hervorging, daß Beklagte und Producentin seit unvordenklicher Zeit allein gesammelt habe, daß auch von jeher Jedermann geglaubt, es stehe ihr ausschließlich das fragliche Recht zu.

Dieses Resultat wurde jedoch von der Gegenpartei als irrelevant und mithin die Beweisführung als mißlungen angefochten, weil nicht erwiesen sei, daß Klägerin je den Versuch gemacht, auch zu sammeln, und daß es ihr von der Beklagten gewehrt worden sei. Dazu wurde bemerkt, daß die Gemeinde Neuendorf bisher kein Bedürfniß gehabt, jenes Recht auszuüben, sie habe selbst in einem andern ihr gehörigen Walde, der mit keinem Streurecht belastet sei, keinen Gebrauch von der Streu gemacht.

Wie ist zu entscheiden?

Noch ist zu erwähnen, daß die Beklagte nur die Ausübung des Rechts an einem Tage in der Woche bewiesen hat. Könnte nun die Gemeinde N., wenn für sie zu entscheiden, an allen übrigen Tagen sammeln und so das Recht der Beklagten zu einem ganz illusorischen machen?

§. 142.

XCVIII. A. hatte im Jahre 1840 sein Haus mit Zubehör zu X. an F. als Eigenthum abgetreten gegen eine jährliche Leibrente von 250 Thalern in halbjährigen Terminen zu 125 Thalern zahlbar, dabei aber sich vorbehalten, daß, wenn zwei halbjährige Termine der stipulirten Leibrente unberichtigt zusammenkommen würden, „sodann dieser Leibrenten-

„contract von ihm sofort für erloschen soll erachtet und ohne alle Ent-„schädigung und mit Verlust der bis dahin bezahlten Leibrente das abge-„tretene Haus nebst Zubehör, wie solches alsdann steht und liegt, wie-„derum von ihm (A.) an sich genommen und als wahres Eigenthum be-„handelt werden könne."

Während F. das Grundstück besaß, hatte er solches an N. für eine Forderung von 1800 Thlrn. verpfändet. Im J. 1845 ist in Folge des erwähnten Vorbehalts das Grundstück an A. zurückgelangt und dieser verweigert die Anerkennung des dem N. bestellten Pfandrechts.

Die Bedingungen zum Geltendmachen des Pfandrechts sind vorhanden. Kann N. die actio hypothecaria gegen A. anstellen?

XCIV. Der Commissär Kaiser in Z. hegte schon längst den Wunsch, sich ein Paar gute Kutschpferde anzuschaffen und besonders war dabei sein Augenmerk auf die Pferde des dortigen Oekonomen Hecker gerichtet. Das Hauptbedenken, das ihn davon abhielt, war seine jetzt noch geringe Einnahme. Da er jedoch gegründete Aussicht auf Avancement hatte, so setzte er sich darüber hinweg und eines Tags, als ihm Hecker die Pferde anbot mit dem Bemerken, er werde sie sonst sofort in die Residenz verkaufen, entschloß sich Kaiser kurz, auf den Handel einzugehen. Er äußerte jedoch gegen Hecker, daß er den Kauf nur in der Voraussetzung abschließe, daß die vacante Oberbeamtenstelle in Z. ihm zu Theil werde, was aber allgemein und auch vom Verkäufer als ausgemacht angenommen wurde. Dagegen erklärte auch der Letztere seinerseits, daß er die Pferde nur weggebe, weil er jetzt ein Paar andere geerbt habe und er würde sich zu der Veräußerung nicht verstehen, wenn vorauszusehen wäre, das ererbte Paar werde sich als unbrauchbar herausstellen. In dem von beiden Theilen unterschriebenen Contracte hieß es in dieser Beziehung am Schlusse:

„Für den Fall jedoch, daß entweder der Käufer, Herr Commissär „Kaiser, die jetzt vacante Oberbeamtenstelle in Z. nicht erhielte, oder „der Verkäufer, Herr Hecker, die von ihm ererbten Wagenpferde inner-„halb der nächsten sechs Wochen als unbrauchbar erfinden würde, so „soll jeder der Contrahenten das Recht haben, den vorstehenden Con-„tract als nicht geschlossen zu betrachten."

An Zahlungsstatt gab der Käufer einen Garten.

In Bezug auf die Oberbeamtenstelle in Z. wurde erst nach längerer Zeit, aber, wider Erwarten, gegen Kaiser entschieden. Dieser hatte inzwischen zwei Fohlen von jenen Pferden an den Gutsbesitzer Erdmann verkauft und als er bald darauf in große Geldverlegenheit gerieth, wußte er sich auf keine andere Weise zu helfen, als indem er dem Kaufmann Fürst seine Equipage für ein Darlehen von 500 Thalern als Unterpfand überließ.

Hecker hatte an den ererbten Pferden Nichts auszusetzen gefunden, sondern stets seine Zufriedenheit damit geäußert.

Kurz nachdem der neue Oberbeamte für Z. ernannt war, starb Hecker. In seinem, am Tage vor seinem Tode errichteten Testamente war seiner Nichte M. der früher Kaisersche Garten vermacht.

Es vindiciren jetzt Hecker's Erben vom Gutsbesitzer Erdmann die beiden Fohlen und vom Kaufmann Fürst die beiden Wagenpferde, indem sie sich darauf berufen, daß die Resolutiv-Bedingung, unter welcher ihr Erblasser den Tausch eingegangen, eingetreten sei. Es wird ihnen entgegengehalten:

1) daß hier nur ein Recht zur *Anfechtung*, keine *Nichtigkeit* des Vertrags verabredet worden, also keine resolutio ex tunc eintrete;

2) dieses Recht der Anfechtung für den Fall, daß Kaiser das Amt nicht bekomme, nur *diesem*, nicht dem Erblasser der Kläger eingeräumt sei.

3) Wenn dem Letzteren ein solches Recht zugestanden hätte, so würde es dadurch erloschen sein, daß er *nach* Eintritt der Resolutivbedingung den an Zahlungsstatt erhaltenen Garten als Gegenstand eines Legats behandelt habe.

l. 3 D. quib. mod. pignus (20. 6):

Si res fuerit distracta sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata, ***quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.***

Kann Kaiser den Garten von der M. vindiciren? Auch den Ertrag der Früchte in der Zwischenzeit? —

---

§. 143.

C. Als im 7jährigen Kriege die Bergstadt Clausthal von den Franzosen verlassen wurde, mußten die Einwohner dieser Stadt ihre Pferde hergeben, um die Bagage fortzubringen. Dabei wurde vom commandirenden General St. Victor versichert, daß die Pferde zurückgesandt werden sollten. Wirklich war dies auch früher in ähnlichen Fällen einigemal vom Feinde geschehen. Diesmal unterblieb jedoch die Rücksendung. Nur vier von jenen Pferden überließ ein französischer Officier einem Juden in einer benachbarten Stadt als Sicherheit für eine ihm von dem Letzteren geliehene Summe von 600 Thalern. Bei seiner Rückkehr wollte er sie wieder einlösen. Der Oberamtmann Herzog, welchem jene Pferde vom Eigenthümer verpfändet waren, erlangte Kunde hiervon und beanspruchte deren Herausgabe auf Grund seines Pfandrechts. Wider die ihm entgegengehaltene Bemerkung, durch s. g. occupatio bellica seien alle Rechte, welche an den Pferden bestanden hätten, aufgehoben worden, macht er geltend:

1) liege hier keine occupatio bellica vor, da der Feind die Pferde habe zurücksenden wollen;

2) wäre es als occ. b. zu betrachten, so sei doch jetzt das postliminium eingetreten und dadurch sein Pfandrecht wieder wirksam geworden.

Hierauf entgegnet der Jude, das postliminium beziehe sich nur auf das Recht des Eigenthums, nicht auf andere dingliche Rechte. Nur das frühere Eigenthum (nicht ein früheres Pfandrecht) lebe wieder auf und dieses wiederhergestellte Eigenthum könne begreiflicherweise ein vorher vom damaligen Eigenthümer gültig bestelltes Pfandrecht nicht aufheben.

Jedenfalls könne er die 600 Thaler ersetzt verlangen, weil er dadurch allein den Eintritt des postliminii bewirkt habe.

Vgl. l. 6 D. de captivis et de postlim. etc. (49. 15) Pomponius:

Mulier in opus salinarum ob maleficium data et deinde a latrunculis exterae gentis capta et jure commercii vendita ac redemta in causam suam recidit. Coccejo autem Firmo centurioni pretium ex fisco reddendum est.

l. 12 §. 12 D. eod. Tryphoninus:

Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post demissum redemtorem in veterem obligationem revertitur; et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemtus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam, qua eum liberavit; quasi ea obligatione quadam constitutione inducta, ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa; nisi quod in hoc conversa res est et posterior, qui apud nos esset prior, quia eum servum, ut apud nos esset, effecit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

Zweites Capitel. Das Eigenthum.

§. 144.

CI. Im J. 1826 verkaufte M., der damalige Besitzer des Guts Thilkow, dem Justizrath R. von Sarkow „alles zum Behufe gewisser „Bauten nach einem von einem Zimmermann anzufertigenden An„schlage erforderliche Tannenholz und versprach ihm dasselbe anweisen „zu lassen, damit er es nach seiner Convenienz im Walde bearbeiten und „abholen lassen könne." Es wurden darauf so viele Bäume angewiesen und mit dem beiderseitigen Waldhammer angeschlagen, als nach der vorgelegten Berechnung an Tannen-Balken, Brettern, Latten und sonstigem Bauholze zu den Bauten erforderlich waren. Dabei ward zugleich verabredet, daß, „wenn das dem Käufer Gebührende ohnedem herauskomme, „das angewiesene und angeschlagene Holz nicht ganz abgeholzet, sondern „der Rest dem Verkäufer verbleiben und deshalb Rechnung geführt wer„den solle." Dies Letztere war auch geschehen und zwar nicht unter Berechnung ganzer Bäume, sondern des abgelieferten Bauholzes nach Fuß-Maaß.

Bald nachher wurde das Gut Thilkow verkauft und „das Holz, „welches an angeschlagenen Tannen noch nach Sarkow zu liefern, reser„virt." — Das Gut gerieth darauf in Concurs, aus dem es der frühere

Besitzer M. wieder ersteht, wobei die Gläubiger aber das Eigenthum der „mit dem Waldhammer angeschlagenen Tannen, worauf R. von Sarkow Anspruch mache," reserviren.

Nach einiger Zeit kamen sowohl Thilkow als Sarkow in Concurs und nun lassen die Stellvertreter der Sarkow'schen Gläubiger in der Thilkow'schen Waldung von den angeschlagenen Tannen hauen und nach Sarkow bringen. —

Darüber beschweren sich die Thilkow'schen Gläubiger, indem sie behaupten, die Gläubiger des Justizraths R. seien nur berechtigt, einen persönlichen Anspruch im Thilkow'schen Concurs geltend zu machen. —

CII. Der Schneider Meier besitzt gemeinschaftlich mit seinem Bruder, dem Drechsler Meier, ein Haus zu Miteigenthum so, daß zufolge eines Hausvertrags der Schneider die untere, der Drechsler die obere Etage bewohnt und zwar ist über die Benutzung dieser Wohnungen festgesetzt u. A.:

„Auf der Profession darf in der obern Stube nirgends gearbeitet werden, als längs dem Hausgang bis an das nächste Fenster."

Schon vor Errichtung dieses Vertrags, i. J. 1839, hatte der Drechsler die obere Wohnung seit dem J. 1820 inne gehabt und in Ermangelung eines anderen Platzes das für seine Profession nöthige Holz in der Wohnstube oder vor derselben gespalten. Als er dieß aber auch noch nach dem erwähnten Hausvertrage that, so protestirte der Schneider dagegen und erhob, da dieß Nichts half, Klage gegen den Drechsler, indem er anführte, daß durch das Holzspalten das ganze Haus erschüttert werde und so mit der Zeit Schaden leiden müsse. — Der Drechsler behauptete, in seinem Rechte zu sein, wofür er sich berief

1) auf den Hausvertrag, wonach ihm das Holzspalten wenigstens vor der Stube auf dem Gange erlaubt sei, denn es gehöre zu den Professionsarbeiten;

2) auf sein Recht als Miteigenthümer, in Folge dessen er mit und auf seinem Antheile vornehmen dürfe, was ihm beliebe;

3) sollte ihm die fragliche Befugniß nicht als Miteigenthümer zustehen, so habe er sie durch Ausübnng von 1820 bis 1839 als Servitut ersessen.

CIII. Becker und Storch besitzen in ungetheilter Gemeinschaft eine Wiese, welche früher zu dem jetzt unter Beide reell getheilten Gute gehört hatte. Sie ließen zur Zeit der Heu- und Grummet-Erndte auf gemeinschaftliche Rechnung hauen, theilten das darauf gebaute Futter unter sich und zahlten die davon zu entrichtenden Abgaben gemeinschaftlich. Auf diese Wiese ließ Becker im October 1846, also nach der Erndte, seine aus 8 oder 9 Kühen bestehende Viehheerde treiben und gab auch seinem Hirten den Auftrag, die Wiese mit zu behüten, ließ sich davon auch durch Storch's sofort erhobenen Einspruch nicht abhalten. Dieser

will deshalb gegen Becker klagen, weil durch das Behüten die Wiese vielfach beschädigt, besonders an feuchten Stellen zertreten ist, so daß sich Löcher gebildet haben, was auf den Graswuchs und den künftigen Futterertrag den nachtheiligsten Einfluß zur Folge haben müsse. Er bittet um ein Gutachten, ob er auf die angeführten Umstände hin eine Klage und welche Klage anstellen könne? Er erwähnt dabei noch als besonders wichtig, daß er selbst sich des Hütens auf jener Wiese stets enthalten habe.

Für ihn scheint zu sprechen der Satz:

In re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse.

(l. 28 D. comm. div. 10. 3.)

Würde es von Einfluß auf die Entscheidung sein, wenn Becker in der geschlossenen Zeit, wo Heu oder Grummet steht, statt in der offnen, gehütet hätte? Oder wenn Storch sich auf eine besondere Beschaffenheit der Wiese berufen könnte, wodurch ihre Anwendung zur Behütung ausgeschlossen würde?

CIV. Der Kammerherr Ernst von Edel klagt gegen seinen Bruder, den Hauptmann Adolph von Edel, weil er auf dem zu ihrem gemeinschaftlichen Gute gehörigen Grundstücke, der Reißriegel genannt, ein Haus aufgeführt und zum Behuf dieses Baues auf dem Bauplatz das Holz ausgerodet habe, auch mit dem Ausroden jetzt noch fortfahre, um das dadurch gewonnene Land zu Anlegung eines Gartens zu verwenden. Dies Alles habe er gethan, ohne die ausdrückliche Einwilligung des Klägers erlangt zu haben.

Der Beklagte räumte das Ausroden und die Errichtung eines Hauses ohne Einwilligung des Klägers ein, läugnete aber, daß sich auf dem s. g. Reißriegel Holz befunden habe, indem das, welches er habe ausroden lassen, nur werthloses Schwarzdorngesträuch gewesen sei, behauptete auch

1) daß der Bau dem Kläger nicht nur nicht zum Nachtheil, sondern sogar zum Vortheil gereiche; denn das Haus sei zur Dienstwohnung für einen gemeinschaftlichen Holzaufseher bestimmt, und da Beklagter die Baukosten allein getragen habe, so müsse Kläger ihm vielmehr dankbar sein. Ueberdieß habe

2) Kläger, obgleich er von dem Bau Wissenschaft gehabt, doch während desselben nicht widersprochen.

Ist der Beklagte ohne Weiteres zu condemniren oder ist ihm der Beweis seiner beiden Einwendungen nachzulassen?

Könnte, wenn nur der zweite Einwand bewiesen würde, der Kläger Hinwegnahme des Hauses verlangen oder nur Ersatz des Schadens?

l. 28 D. comm. div. (10. 3) (Papinianus):

Sabinus: in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse. In re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi

prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit; et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio *ad laesionem ejus* fecit, tunc etiam tollere cogitur.

l. 26 D. de serv. pr. urb. (8. 2.) (Paulus):

In re communi nemo dominorum jure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat, nulli enim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. Sed et per communi dividundo actionem consequitur socius, quominus opus faciat, aut ut id opus, quod fecit, tollat, *si modo toti societati prodest opus tolli.*

l. 13 §. 1 D. eod. (Proculus):

Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet (mihi) pretiosissimas picturas habere in pariete communi. Ceterum si demolitus sit vicinus, et ex stipulatu actione damni infecti agatur, non pluris quam vulgaria tectoria aestimari debent, quod observari et in incrustatione oportet.

Welche Sätze lassen sich aus diesen Stellen herleiten? —

---

§. 145.

CV. Der Buchhändler Hermann hatte am 16. August 1841 von dem Gürtler Bause dessen Haus erkauft und den Letzteren, weil er der Kauferfüllung sich geweigert, mittelst einer dem Gerichte übergebenen Klage auf Erfüllung des abgeschlossenen Verkaufs in Anspruch genommen. Nun hatte aber Bause das verkaufte Haus während des Processes anderweit veräußert an den Seiler Schindel und derselbe war in Folge dessen im Besitze des Hauses. Da nun inzwischen der Beklagte zwar verurtheilt worden, die Execution jedoch wegen mangelnden Objects nicht hatte vollstreckt werden können, so klagte er jetzt gegen Schindel als Besitzer des Hauses und verlangte, in Besitz desselben gesetzt zu werden. Der Verkauf an Schindel, führte er an, sei als Versicherung einer res litigiosa nichtig gewesen.

Der Beklagte wendet ein, das Veräußerungsverbot der res litigiosae beziehe sich nur auf Sachen, welche auf Grund eines daran zustehenden Eigenthums, also mit einer actio in rem, in Anspruch genommen seien. Hier aber sei nur eine obligatorische, eine actio in personam, nämlich die actio emti angestellt gewesen.

Der Kläger erinnert dagegen, auch durch die actio emti sei ein Proceß über das Eigenthum des fraglichen Hauses veranlaßt worden. Wollte man sagen, der Proceß habe ein erst zu erwerbendes Eigenthum, nicht ein bestehendes betroffen, so würde das die lächerlichste Subtilität sein, denn es sei doch juristisch ganz gleichgültig, ob man die Sache selbst oder eine Klage auf dieselbe habe, wie ja auch der Eigenthümer

nicht immer im Besitze der Sache sei und dieß sei auch schon von den Römern anerkannt worden:

l. 143 D. de V. S. (Ulpianus):

Id apud se quis *habere* videtur, de quo habet *actionem*, *habetur enim*, *quod peti potest*.

l. 15 D. de R. J. (Paulus):

(Is), qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

Es kommt bei Entscheidung des vorstehenden Falls auch an auf die Worte der

Nov. 112 c. 1 (Vulg.):

Ideoque sancimus litigiosam dici et intelligi rem mobilem et immobilem seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur etc.

CVI. Peter Hennecke machte ein Testament, worin er seinen Vetter Eitzen zum Universalerben in der Maaße einsetzte, daß die Kinder desselben nach ihres Vaters Ableben die Erbschaft bekommen sollten. Er legte dabei sowohl dem Vater, als auch den Kindern auf, seinen, des Testators, angefangenen Hausbau binnen einer gewissen Zeit zu vollenden, sowie auch die Grundstücke, die er ihnen hinterlasse, in demselben Stande, in welchem sie sich zur Zeit seines Todes befinden würden, zu erhalten, indem er zugleich verbot, das Geringste davon zu veräußern, vielmehr den Erben und dessen Nachkommen verpflichtete, Alles ohne die geringste Deterioration zu erhalten. Im Falle aber diese Auflage wider Verhoffen nicht in allen Stücken genau erfüllt würde, so solle der Erbe der Erbschaft verlustig und dieselbe an seine unten benannten Verwandten dergestalt verfallen sein, daß diese die Erbschaft nach Kopftheilen bekommen, dafür aber dem Erben ein Legat von 2000 Thalern herausgeben sollten. Als diese eben erwähnten Verwandten waren Georg Hauschild und Peter Kornmann genannt.

Nach Hennecke's Tode trat Eitzen die Erbschaft an; es dauerte aber nicht lange, so veräußerte er eins von den ererbten Gütern, ein aus sechs Morgen bestehendes Stück Land mit dem darauf befindlichen Meierhause an den genannten Georg Hauschild, welcher dabei auf alle ihm aus dem Hennecke'schen Testamente wegen etwaiger Veräußerungen des Erben zustehenden Rechte verzichtete. Als Eitzen einige Zeit darauf verstarb, theilten sich seine zwei Söhne in die ererbten Grundstücke so, daß der eine, Johann, das neugebaute Meierhaus mit den daran liegenden Feldern und Wiesen, der andere, Friedrich, die Mühlen auf seinen Antheil nahm. Der Letztere veräußerte die eine von den Mühlen an den Müller Bock. Von diesem vindicirt jetzt Kornmann die gekaufte Mühle, indem er sich auf das in dem Testamente ausgesprochene Veräußerungsverbot stützt.

Der Beklagte wendet dagegen ein:

1) Das Veräußerungsverbot sei in dem Testamente ganz ohne Begründung und Motive hingestellt und habe daher gar keine rechtliche Wirkung, wie dieß auch klar ausgesprochen sei in

l. 38 §. 4 D. de legatis III:

Julius Agrippa primipilaris testamento suo cavit, *ne ullo modo* reliquias ejus et praedium suburbanum aut domum majorem heres ejus *pigneraret aut ullo modo alienaret;* filia ejus heres scripta heredem reliquit filiam suam neptem primipilaris, quae easdem res diu possedit et decedens extraneos instituit heredes. Quaesitum est, an ea praedia extraneus heres haberet, an vero ad Juliam dominam, quae habuit patruum majorem Julium Agrippam, pertinerent? Respondi: *Cum hoc nudum praeceptum est:* nihil proponi contra defuncti voluntatem factum, quominus ad heredes pertinerent.

2) Wenn das Verbot überhaupt wirksam sei, so könne es doch nur zu einer persönlichen Klage gegen Friedrich Eitzen, den Verkäufer, berechtigen, weil nur dieser durch das Testament zur Unterlassung der Veräußerung habe verpflichtet werden können; für ihn, den Beklagten, sei dieses Verbot eine res inter alios acta.

CVII. Der Hofrath Kraft bestimmte in seinem Testamente: „Meinen vor dem A'schen Thore gelegenen Garten, welchen ich gemeinschaftlich mit meinem Bruder Dr. Georg K. besitze, vermache ich meinem ebengenannten Bruder, doch soll er sich aller und jeder Veräußerung dieses Grundstücks enthalten und dasselbe ungeschmälert nach seinem Tode meinem Universalerben Bernhard Winter oder, im Fall dieser gestorben wäre, dessen ältestem Sohne hinterlassen." Nachdem Georg Kraft den Garten vom Erben überkommen hatte, verpfändete er denselben seinem Gläubiger T. Als die Schuld nicht am festgesetzten Termine berichtigt wurde, machte der Gläubiger von seinem Pfandrecht Gebrauch und es kam in Folge dessen zum Verkaufe des Gartens an Müller. Nachdem hierauf der Dr. Kraft und vor ihm schon Bernh. W. gestorben war, tritt der älteste Sohn Winter's, Ernst W., mit der Vindication gegen Müller auf. Dieser wendet ein, die Klage müsse gegen den Erben Georg Kraft's angestellt werden; dagegen beruft sich der Kläger

1) auf das im Testamente ausgesprochene Veräußerungsverbot, dessen Wirkung Nichtigkeit der Verpfändung und demzufolge auch des Verkaufs an den Beklagten sei;

2) auf die Eigenschaft des Gartens als einer res legata.

l. 1 Cod. Comm. de legat. (6. 43):

Rectius esse censemus, omnibus tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem, quatenus ei liceat easdem res, sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda etc.

l. 3 §. 2 eod.:

Nemo itaque (heres) ea, quae per legatum — — relicta sunt, vel quae restitui aliis disposita sunt — — secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda.

Was könnte Müller entgegnen, wenn von ihm der ganze Garten verlangt wird?

Wie, wenn Ernst Winter gestorben wäre mit Hinterlassung Georg Kraft's oder dessen einzigen Sohns als Universalerben und dieser träte mit der Vindication gegen Müller auf? —

§. 148.

CVIII. Zwischen dem Kunsthändler Roth in K. als Verkäufer und Ernst Müller in L. als Käufer kam am 8. Februar 1841 über das dem Erstern zugehörige Filialgeschäft, den s. g. „Kunstverlag zu L." ein Kauf zu Stande des Inhalts, daß

1) dem Käufer völlig freie Dispositionsbefugniß über das erkaufte Kunstgeschäft sammt Zubehör und Inventarienstücken eingeräumt wurde;

2) Käufer Ernst Müller sich verbindlich machte, die Summe von 2200 Thlrn. als Kaufpreis zu zahlen und zu dessen Berichtigung vier verschiedene von Roth auf den Käufer für die vier auf einander folgenden Ostermessen 1842, 1843, 1844, 1845 auszustellende Wechsel zu acceptiren.

3) So lange bis Käufer die sub 2) gedachten Tratten eingelöst haben wird, behält sich Verkäufer Roth das Eigenthumsrecht vor und ist es Herrn Roth gestattet, im Falle der Käufer eine oder die andere jener Tratten nicht pünktlich einlösen sollte, sich wieder in den Besitz der erkauften Gegenstände und des Geschäfts zu setzen und so viel, als zur Deckung der ihm desfalls durch Müller verursachten erweislichen Schäden erforderlich ist, von den zur Zeit dieser etwanigen Besitzergreifung bereits eingezahlten Kaufgeldern für sich inne zu behalten. —

Nachdem Müller das erkaufte Geschäft übernommen, auch die beiden ersten Wechsel Roth's von 300 und 500 Thlrn. zu Ostern 1842 und 1843 eingelöst hatte, verkaufte er im Juni 1843 das Kunstwaarenlager an den Kunsthändler Rudolph Schmidt, später auch das Geschäft selbst nebst dazu gehörigen Inventarienstücken an Friedrich Erhard, welcher ein Commissionsgeschäft für neu erscheinende Kunstartikel etablirte. Als darauf Ostern 1844 Müller den dritten Wechsel im Betrag von 600 Thlrn. nicht einlöste, wollte Roth von dem ihm nach §. 3 des Contracts zustehenden Rechte Gebrauch machen. —

Er bat daher um ein Gutachten,

a) ob er von Schmidt und Erhard die im Besitz derselben befindlichen Inventarienstücke und Kunstwaaren vindiciren könne und ob dabei wesentlich von Einfluß sei, daß die Identität der jetzt beanspruchten mit den im Jahre 1841 an Müller verkauften Waaren erwiesen werde?

b) Ob er als Kläger beweisen müsse, daß Müller die Tratte zu

Ostern 1844 **nicht** eingelöst habe oder ob umgekehrt dem Beklagten der Beweis, daß sie eingelöst sei, obliegen würde?

CIX. Der Oeconom **Kraut** vindicirt von dem Forstgehülfen **Winter** eine Büchse, indem er sich zugleich gegen den etwaigen Einwand, daß Beklagter das Eigenthum derselben vom Kläger selbst überkommen, durch Anführung folgender Umstände zu schützen sucht:

Eines Abends habe Winter die Büchse bei ihm stehen sehen und gefragt, wem sie gehöre. Auf die Antwort, daß es seines Vaters Büchse sei, habe er geäußert: dieser, der nun alt und schwach sei, brauche sie doch nicht mehr, Kraut möge sie ihm schenken. Kläger habe ihm zwar bemerkt, das werde ihm Nichts helfen, weil sie seinem Vater gehöre, allein Kraut habe nicht abgelassen, ihn zu bitten und ihm vorgestellt, sein Vater werde gewiß Nichts dagegen haben, so daß Kläger endlich eingewilligt, er dürfe sie mit sich nehmen und behalten, er könne aber freilich für Nichts einstehen. Später habe er bemerkt, er müsse seine eigene Büchse aus Verwechslung weggegeben haben, denn seines Vaters Büchse habe sich an einem anderen Orte vorgefunden. Jetzt sei ihm auch diese abhanden gekommen und er verlange nun von Winter seine eigene zurück.

Der Beklagte erzählt den Vorfall im Wesentlichen übereinstimmend, nur fügt er hinzu, Kraut habe ihm schon längst für mancherlei Gefälligkeiten, die ihm Beklagter erwiesen, eine Büchse versprochen gehabt. Die ihm damals geschenkte sei auch wirklich die sein'es Vaters gewesen, wofür sie von Beiden gehalten worden und Kraut sei zu jener Stunde bereits Eigenthümer derselben gewesen, denn noch an demselben Abend, nur eine Stunde später, sei die Nachricht eingetroffen, daß Kraut's Vater 3 Stunden vorher am Schlagflusse gestorben. Kläger aber sei als sein einziges Kind der alleinige Erbe des Verstorbenen gewesen.

Wie ist hier nach Verschiedenheit der Thatumstände zu entscheiden? Muß Kraut beweisen, daß die Büchse seine eigene, oder Winter, daß es die Büchse seines Vaters gewesen? Ist einer dieser Beweise überhaupt aufzulegen, oder hat es bei dem von beiden Theilen übereinstimmend Erzählten sein Bewenden, weil der eine Beweis zu derselben Entscheidung führen würde, wie der andere?

Es kommt dabei hauptsächlich an auf Interpretation folgender Quellenaussprüche:

1) l. 35 D. de adq. rerum dom. (41. 1) (Ulpianus):

Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab iis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

2) l. 49 D. mandati (17. 1) (Marcellus):

Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres extiterit, eum emisset, de jure evictionis

et mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam et idcirco mandati (eum non teneri, sed contraria mandati) agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venturus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditionem (al. venditorem) testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

8) l. 41 D. de rebus creditis (12. 1.) (lex damnata) (Africanus):

Ejus, qui in provincia Stichum servum Kalendario praeposuerat, Romae testamentum recitatum erat, quo idem Stichus liber et ex parte heres erat scriptus; qui status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit aut credidit, ut interdum stipularetur et pignora acciperet. Consulebatur, quid de his juris esset? Placebat, debitores quidem, ei qui solvissent, liberatos esse, si modo ipsi quoque ignorassent dominum decessisse; earum autem summarum nomine, quae ad Stichum pervenissent, familiae erciscundae quidem actionem non competere coheredibus, sed negotiorum gestorum dari debere. *Quas vero pecunias ipse credidisset*, eas non *ex* majore *parte*, quam *ex qua ipse heres sit*, *alienatas esse*. Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde, mortuo me, ignorans dederis, accipientis non facies. Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret. Quare, si nulla stipulatio intervenisset, neque (ut) creditam pecuniam pro parte coheredis peti posse, neque pignora teneri. Quod si stipulatus quoque esset, referret, quemadmodum stipulatus esset. Nam si nominatim, forte *Titio domino suo*, mortuo jam, *dari* stipulatus sit, procul dubio inutiliter esset stipulatus. Quod si *sibi dari* stipulatus esset, dicendum, hereditati eum adquisisse, sicut enim nobismet ipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni servi bona fide serviunt, adquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria adquiri. Post aditam vero a coheredibus hereditatem, non aeque idem dici (potest), utique si scierint, eum sibi coheredem datum, quoniam tunc non possunt videri bonae fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent. Quod si proponatur, coheredes ejus id ignorasse, quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint, potest adhuc idem responderi. Quo quidem casu illud eventurum, ut si suae conditionis coheredes iste servus habeat, invicem bona fide servire videantur.

CX. Bei dem Ableben des Dr. Arnold findet dessen Sohn Georg A. in dem Secretär seines Vaters einige noch unquittirte Rechnungen und unter diesen auch eine Waarenrechnung vom Kaufmann Braun für das letzte kaum verflossene Jahr im Betrag von 250 Thalern. Da er Alles in Ordnung zu bringen wünscht, so schreibt er an Braun, er möge in seinen Büchern nachsehen, ob die Rechnung bezahlt sei, wenn nicht, so erbiete er sich, ihm an Zahlungsstatt das zwischen seinen, Braun's, zwei Gärten gelegene Grundstück abzutreten, um welches er ja seinen verstor-

benen Vater bereits öfters angegangen habe. Braun antwortet ihm sofort, die Rechnung müsse wohl noch unbezahlt sein, da sie nicht quittirt sei, auch habe er über eine Zahlung derselben Nichts in seinen Büchern gefunden. Das Grundstück wolle er recht gern an Zahlungsstatt annehmen.

Nachdem hierauf die Uebergabe geschehen war, verkaufte Braun den Garten, welcher durch die Vereinigung bedeutend gewonnen hatte, für 2000 Thaler (ein Drittel mehr, als ihm die drei vereinigten Grundstücke einzeln gekostet) an den Commerzienrath Schaum. Inzwischen findet Georg Arnold zufällig in einer verborgenen Schublade noch eine Quittung über die fragliche Rechnung. Da jedoch eben der Concurs über das Vermögen Braun's eröffnet werden soll, so wendet er sich an seinen Advocaten mit der Anfrage, ob er nicht von Schaum das für ein indebitum gegebene Grundstück vindiciren könne. Der Advocat macht ihm die besten Aussichten auf Erfolg. Es könne, meint er, kein Zweifel obwalten, daß Braun, als er das Grundstück als Zahlung in Empfang genommen, von der bereits geschehenen Tilgung der fraglichen Schuld gewußt, da sie erst kurz vorher geschehen und da er sie gewiß in seinen Büchern notirt gehabt habe. Es finde mithin hier der Satz Anwendung, daß die Tradition dann kein Eigenthum auf den Empfänger übertrage, wenn dieser die Nichtigkeit der causa traditionis gekannt habe. Dieser Satz sei nicht nur von vielen älteren Juristen vertheidigt, sondern noch in neuester Zeit von einem der angesehensten Rechtslehrer aufgestellt und durch folgende Argumentation begründet worden:

Es ist in unzweideutiger Weise vom römischen Rechte bestimmt, daß der Empfänger, welcher die Nichtigkeit der causa traditionis kennt, die tradirte Sache nicht usucapiren kann. Der Grund hiervon liegt in dem Mangel eines justus titulus; unter justus titulus ist zu verstehen ein Rechtsgeschäft, welches an sich fähig ist, Eigenthum zu übertragen, vorausgesetzt, daß der Tradent Eigenthümer ist. Folglich liegt in dem Satze: „Die Kenntniß der Nichtigkeit der causa traditionis schließt das Vorhandensein eines justus titulus usucapionis aus" zugleich der Satz: „Durch diese Kenntniß wird der Eigenthumsübergang gehindert, wenn auch der Tradent Eigenthümer ist."

Georg Arnold begiebt sich mit diesem Gutachten zu Schaum und sucht ihn zu freiwilliger Herausgabe des Grundstückes zu bewegen. Dieser bittet sich Bedenkzeit aus und fragt jetzt bei uns an, ob keine Aussicht für ihn sei, daß er in einem etwaigen Processe siegen werde. —

Bei Ausarbeitung des Gutachtens sind folgende Stellen mit einander zu vergleichen und zu interpretiren:

1) l. 80 §. 6 D. de furtis (47. 2) (Papinianus):

Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si *nomine quoque veri procuratoris*, quem creditor habuit, *adsumto* debitorem alienum circumvenerit. Quod aeque probatur in eo, qui sibi deberi pecuniam *ut heredi* Sempronii creditoris asseveravit, *cum esset alius*.

2) l. 43 pr. D. eod. (Ulpianus):

Falsus creditor, hoc est: qui se simulat creditorem, si quid acceperit, fur-

tum facit, nec nummi ejus fient. §. 3. Si quis *nihil in sua persona mentitus sit*, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis quam furtum facit, utputa si dixit se locupletem — — *et ideo furti non tenetur* etc.

3) l. 52 §. 21 D. eod. (Ulp.):
Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subjecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti, furti teneris, quasi ope tua consilioque furtum factum sit, sed et Titius furti tenebitur.

4) l. 18 D. de cond. furt. (13. 1) (Scaevola):
Quoniam *furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit*, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistolarum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva, sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit, sed altera condictione altera tollitur.

Cf. l. 38 §. 1 D. de solut. (46. 3). l. 37 §. 6. D. de acq. dom. (41. 1).

CXI. Als am 16. Januar 1842 der Nachlaß Carl Burger's zu L. von dem Stadtgerichte daselbst wegen Abwesenheit der Erben unter Siegel genommen wurde, überreichte sofort an demselben Tage des Verstorbenen Haushälterin, Juliane Kreuzburg, einen noch verschlossenen Brief mit der Aufschrift; „Mad. Christiane Reinhard, Hochedelgeboren, hier — zu eigenen Händen" — bei Gericht und brachte dabei an, diesen Brief habe ihr der Verstorbene am 14. Januar mit den Worten gegeben: „Das bringst Du der Mad. Reinhard und das Inliegende erhältst Du von ihr." Sie trage jedoch Bedenken, den Brief der Mad. R. zur Eröffnung zu übergeben und bitte, solchen in deren Beisein zu eröffnen und sie mit dem Inhalte desselben bekannt zu machen.

Das Gesuch der Kreuzburg hatte nach der Ansicht des Gerichts nichts Bedenkliches, sobald die Reinhard, welche damals verreist war, einwilligen würde. Diese stellte jedoch, unter Zustimmung der Kreuzburg, einen Antrag dahin, daß ihr der Brief uneröffnet ausgehändigt werden möchte. Das Stadtgericht glaubte nun, B's Erben, von denen es bereits vorläufige Kenntniß erhalten, hören zu müssen. Diese Erben baten, den Brief an sie auszuantworten.

Dawider protestirten jedoch die Reinhard und die Kreuzburg, indem sie ausführten, durch die Uebergabe des Briefes und den gleichzeitig ertheilten Befehl von Seiten B's an die K. habe der Brief aufgehört, in B's bonis zu sein, und das Eigenthum desselben sei sofort auf die Adressatin übergegangen. Dieses einmal erworbene Recht habe dadurch, daß die Kreuzburg ganz wider ihre Pflicht den Brief nicht sofort an sie abgegeben, sondern an sich behalten und später eigenmächtiger Weise in's Gericht geliefert habe, nicht wieder ein Nachlaßgegenstand werden können. Der Satz, daß der Auftrag mit dem Tode des Mandanten erlösche, passe nur auf Mandate, deren Ausführung in mehreren Handlungen bestehe, oder an eine Zeitdauer gebunden sei. Die Ausführung des vorliegenden

Auftrags aber sei von der Art, daß sie durch die Annahme des Beauftragten in Bezug auf den Auftraggeber sofort als vollzogen angesehen werden müsse. Dasselbe Resultat ergebe sich auch, wenn man davon ausgehe, daß die Kreuzburg im Namen der Adressatin Besitz von dem Briefe ergriffen habe. Sie habe zwar dazu von ihr, der Reinhard, kein Mandat gehabt, allein ihre spätere Genehmigung müsse nach den Grundsätzen der Ratihabition zurückbezogen werden, so daß angenommen werden müsse, die R. habe damals Auftrag zur Besitzergreifung gehabt.

Dagegen bezogen sich die Erben darauf, daß nach unbezweifelten Aussprüchen des römischen Rechts das Eigenthum eines Briefs auf den Adressaten erst durch die Ausantwortung an den letzteren übergehe und nur unter der Voraussetzung, daß alsdann der Auftraggeber noch am Leben sei.

l. 2 §. 6 D. de donat. (39. 5):

Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferat, et ante mortuus erit, quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat.

l. 108 D. de solut. (46. 3) (Paulus):

Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvetur (quia mandatum morte dissolvitur).

Für den Fall aber, daß sie mit dieser Behauptung nicht durchdringen würden, widerriefen sie den Auftrag zur Bestellung des Briefs und zur Aushändigung der Inlage an die Kreuzburg.

Die Gegenpartei berief sich gegen die angeführten Gesetzesstellen auf

l. 65 D. de acq. r. dom. (41. 1) (Labeo):

Si epistolam tibi misero, non erit tua, antequam tibi reddita fuerit. *Paulus*: imo *contra*. Nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa literas tibi misero, *simulatque tabellario tuo tradidero, tuae fient.* Idem accidet in his literis, *quas tuae duntaxat rei gratia misero*, veluti si petieris a me, ut te alicui commendarem, et eas commendatitias tibi misero literas.

l. 14 §. 17 D. de furtis (47. 2) (Ulpianus):

Si epistola, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habet? Et primum quaerendum est, *cujus sit epistola*, utrum ejus qui misit, an ejus ad quem missa est? Et si quidem dedi servo ejus, statim ipsi quaesita est, cui misi. *Si vero procuratori, aeque*, quia per liberam personam possessio quaeri potest, ipsius facta est, maxime *si ejus interfuit, eam habere.*

In diesen Stellen, namentlich in den Worten: quas *tuae* duntaxat gratia misero“ und „si ejus interfuit eam habere“ sei deutlich ausgesprochen, daß bei einem Auftrage, an dessen Ausführung der Mandatar selbst ein Interesse habe, abweichende Grundsätze gelten, daß dann der Brief in dem Augenblicke, wo er dem Mandatar übergeben sei, in das Eigenthum des Adressaten übergehe. Hier liege nun ein solches manda-

tum in rem suam vor, ein Auftrag, welcher wesentlich den Vortheil des Beauftragten selbst bezweckt habe, wie aus den Worten: „das Inliegende erhältst Du von ihr" hervorgehe. Das auf diese Weise einmal erworbene Recht habe dann durch den spätern Tod des Mandanten nicht wieder aufgehoben werden können.

Diese Argumentation wird jedoch aus dem Grunde angefochten, weil in den angeführten Stellen nur vom Mandatar des Adressaten, nicht von dem des Adressanten die Rede sei. —

§. 149.

CXII. Der Pächter Bauer zu S. überwies seinen Pachtcontract und sein gesammtes Inventarium, welches im Cessions-Instrumente specificirt war, dem Pächter Burmann gegen ein bestimmtes Aversional-Quantum. Bei Unterschrift des Contracts wurde ein Theil der Summe gezahlt, wegen des Restes aber das Eigenthum an dem überlassenen Inventarium bis zum gänzlichen Abtrage vorbehalten. Mehrere Jahre nachher macht Burmann Concurs. In demselben meldet Bauer einen Rest dieses Abstandgelds von 1300 Thalern an, die Ehefrau des Gemeinschuldners einen Brautschatz von 10000 Thalern. Der Erstere will auf das gesammte Inventarium jura dominii reservati geltend machen. Bei der Auction wird eine Sonderung der ursprünglich von Bauer herrührenden Inventarienstücke vorgenommen, die bei dem Verkaufe nach Abzug der Auctionsgebühren nur einen Erlös von 219 Thaler geben. Bauer nimmt jedoch auch von dem übrigen Erlös das ihm noch Fehlende vor jedem andern Gläubiger in Anspruch, wogegen die Ehefrau ihm darin vorgesetzt zu werden verlangt. Jener behauptet, die später angeschafften Inventarienstücke seien an die Stelle der ursprünglichen verbrauchten getreten und hafte ihm daher das ganze Inventar.

Er beruft sich auf

l. 13 D. de pign. (20. 1) Marcianus:

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur. Sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

l. 34 D. eod. Scaevola:

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? Et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: Ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. —

Was von einem dinglichen Rechte gelte, müsse auch vom Eigenthum gelten. Außerdem würde ein Inventarium gar keine Sicherheit gewähren.

§. 150.

S. unten zu §. 181 Nr. 137.

CXIII. Im Jahre 1845 hatte Pfeifer an Wirth drei Stück Ackerland auf 2 Jahre verpachtet. Nachdem die Pachtzeit im J. 1847 abgelaufen, fuhr Wirth mit Wissen und ohne Widerspruch des Verpachters fort das Land zu bestellen. Als die Frucht gereift war, verkaufte W. die Erndte des einen Felds an Trebitz, der die Frucht sofort schneiden ließ. Darauf und noch bevor diese und die von Wirth selbst geschnittene Frucht eines der beiden andern Felder eingefahren war, verkaufte der Verpachter Pfeifer sämmtliche drei Grundstücke an Scheck, den er zu dem Lande hinführte und, nachdem er ihm den Umfang desselben gezeigt, auch den Kaufpreis empfangen, in Besitz und Eigenthum des Landes, mit Inbegriff der Erndte, einwies. Als jedoch der Käufer Scheck zwei Tage später die Frucht einfahren wollte, waren ihm bereits W. und T. zuvorgekommen. Da inzwischen auch das dritte Feld von Wirth geschnitten war, so fuhr Scheck diese Frucht, die er allein noch vorfand, ein, klagte aber darauf gegen W. auf Herausgabe der ihm gebührenden, widerrechtlich ihm entzogenen Erndten der zwei andern Felder.

W. bestreitet sein Recht auf dieselbe, verweist ihn übrigens eventuell rücksichtlich des einen Feldes an Trebitz als den jetzigen Besitzer. Zugleich macht er seinerseits gegen Scheck Anspruch auf die von diesem eingefahrene Frucht, weil dieselbe von ihm geschnitten und dadurch zu Eigenthum erworben worden. —

Wie ist zu entscheiden? —

§. 154.

CXIV. Der Obstpachter Trautvetter hatte im Hause des Kaufmanns Kirsten zu Michaelis 1847 einen Keller zur Aufbewahrung des Obstes gemiethet. Als er bald darauf, um eine Obststellage aufzurichten, in den aus Sand bestehenden Erdboden an der einen Wand einen Pfahl einschlagen wollte, stieß er in einer Tiefe von 3—4 Zoll auf eine Lehmform, in welcher sich etwa 10,000 Thaler in lauter Goldmünzen vorfanden. Er nahm dieß sofort an sich, ohne davon Jemandem außer seiner Ehefrau Mittheilung zu machen. Um jedoch zu erfahren, ob das Geld etwa dem jetzigen Besitzer des Hauses, dem Kaufmann Kirsten, gehöre, ließ er durch seine Frau Nachricht einziehen, wann Kirsten das Haus gekauft habe, und erfuhr, daß derselbe es erst seit etwa einem Jahre besitze. Dieß bestärkte ihn in der Ueberzeugung, daß das Geld noch von dem Befreiungskriege herrühre, wofür außerdem sprach, daß es zum größten Theil ausländische Münzen und daß die neuesten vom Jahre 1813 waren. Er glaubte deshalb in seinem Rechte zu sein, wenn er das Geld für sich behielte. Er benutzte es daher, um seinen längst gehegten Entschluß, nach

Amerika auszuwandern, zur Ausführung zu bringen und setzte das Geld bei dem Banquier Schmidt in gute Papiere um.

Durch Zufall kam die ganze Sache an den Tag, während noch die ganze Summe in den Münzen, wie sie gefunden worden, bei Schmidt vorhanden war. Kirsten verlangt daher von diesem die Hälfte von jeder der drei Münzsorten, aus denen die Summe besteht. Schmidt dagegen verweist ihn an den indeß Ausgewanderten. Zugleich aber waren auch die Erben des früheren Besitzers, Werner, aufgetreten mit dem Verlangen, einstweilen den Keller unter gerichtlichen Verschluß und Siegel zu legen und demnächst ihnen eine genaue Nachsuchung in demselben zu gestatten, weil höchst wahrscheinlich in demselben noch mehr dergleichen von ihrem Vater verborgen worden sei. Auch die bereits gefundenen Münzen beanspruchen sie als ihr Eigenthum, für welches ihrer Meinung nach präsumirt werden müsse, bis das Gegentheil bewiesen sei. —

Einige Zeit darauf zeigt Kirsten dem Stadtgerichte an, daß er den Keller anderweit vermiethet habe und bittet um Abnahme der Siegel und Ausantwortuug der Schlüssel. Dawider protestiren die Erben W's, bitten vielmehr wiederholt um nochmalige Nachsuchung und Nachgrabung in dem fraglichen Keller, da aller Wahrscheinlichkeit nach daselbst noch mehr Geld von ihrem Erblasser versteckt sei. Sie berufen sich dafür auf:

l. 15 D. ad exhib. (10. 4) (Pomponius):

> Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere; cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possederis eum, neque dolo feceris, quominus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias (eum) thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum, juranti mihi, non calumniae causa id postulare, vel interdictum, vel judicium ita dari, ut si per me non stetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quominus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem.

Darauf erwidert Kirsten, er brauche sich dieß als Eigenthümer nicht gefallen zu lassen. In der angeführten l. 15 aber sei von einer Sache die Rede, woran der Kläger sein Eigenthum erweisen könne; dieser Beweis könne von den Gegnern im vorliegenden Fall nicht geführt werden. Es sei ja nicht einmal ausgemacht, daß wirklich noch etwas im Keller verborgen sei, was doch gleichfalls in l. 15 vorausgesetzt werde. Wollte man aber diese Stelle, streng am Worte haltend, von einem thesaurus im eigentlichen Sinne verstehen, so könnte dann noch viel weniger von dem beanspruchten Rechte der Kläger die Rede sein, denn alsdann würden die Grundsätze vom thesaurus Platz greifen und danach würde er, Kirsten, als Eigenthümer des Kellers, auch den darin gefundenen thesaurus beanspruchen dürfen.

Es sollen alle Fragen beantwortet werden, zu denen dieser Rechtsfall veranlaßt.

Vgl. l. 5 §. 2. 4. D. ad exh. (10. 4).

l. 9 §. 1. 3 D. de damno inf. (39. 2) l. 8 D. de inc. ruina etc. D. (47. 9).

Findet auch l. 3. 6. Cod. de metall. (11. 6) Anwendung?

CXV. Der Tagelöhner Cramer setzte eines Tags in dem Garten des Dr. Fritz unter persönlicher Leitung desselben einige junge Baumstämmchen. Bei dieser Arbeit stieß Cramer mit dem Grabscheid auf etwas Hartes, das ihm wie Eisen klang. Er machte den Dr. F. darauf aufmerksam, der jedoch der Meinung war, erst solle er die ganze Arbeit beenden, dann könne er ja die Sache näher untersuchen. Als nun Cramer fertig war, bat er den Dr. Fritz, ihm eine weiße Jacke zu leihen, denn das gehöre zum Schatzgraben, auch ja Niemanden in seine Nähe zu lassen, denn bei einem solchen Vorhaben dürfe man in keiner Weise gestört werden und besonders dürfe auch kein Wörtchen gesprochen werden, wenn das Graben von Erfolg sein solle. Fritz lachte und nannte ihn einen alten Narren, gab ihm aber das Verlangte und sorgte dafür, daß er ungestört blieb.

Wirklich sah Cramer seine Bemühungen mit dem glücklichsten Erfolge gekrönt, denn er fand an jenem Orte einen Kasten vergraben, der eine bedeutende Summe in alten Münzen enthielt. Diese überließ Cramer dem Dr. Fritz gegen eine Belohnung von 5 Louisd'or, bat sich aber den Kasten aus, der ihm auch gelassen wurde. Als er diesen zu Hause näher untersuchte, zeigte sich, daß derselbe einen doppelten Boden hatte, bei dessen Oeffnung ein kostbarer Schmuck zum Vorschein kam, aus 24 Diamanten von gleichem Werthe bestehend. Diesen verkaufte er an einen Juden, von welchem er an einen benachbarten Gutsbesitzer, Herrn von Kranz, verhandelt wurde.

Inzwischen hatte der Aufwand, den Cramer plötzlich machte, Aufsehen erregt und ihn in Verdacht gebracht, bei einem kürzlich vorgefallenen Diebstahle betheiligt zu sein. Um sich von diesem Verdachte zu reinigen, erzählte er die ganze Sache unter Berufung auf den Dr. Fritz und unter Vorzeigung des Kastens. Fritz, der auf diese Weise Kenntniß des Vorgangs erhielt, verlangt nun von v. Kranz den Schmuck, da er auf seinem Grund und Boden gefunden sei. Da sich v. Kranz weigert, so erhebt er Klage und bemerkt zur Begründung seines Anspruchs auf das Ganze:

1) der Finder dürfe nur dann die Hälfte beanspruchen, wenn der thesaurus ohne Wissen des Eigenthümers gefunden worden.

l. un. Cod. de thesauris (10. 15) (Leo):

In alienis vero terrulis nemo audeat *invitis* immo nec volentibus *vel ignorantibus* dominis opes abditas suo nomine *perscrutari*. — — — Quod si forte vel arando, vel alias terram alienam colendo *vel quocunque casu*, non studio perscrutandi, in alienis locis thesaurum invenerit, id quod repertum fuerit dimidia retenta altera dimidia data cum locorum domino partiatur.

Eine solche singuläre Bestimmung müsse strict interpretirt werden.

2) Es bedürfe übrigens des eben Angeführten gar nicht, da Cramer nach einem Schatze Nachgrabung angestellt — also passe für diesen Fall, was in der angeführten Constitution des Kaisers Leo hinsichtlich *perscrutari* verordnet sei. Auch Justinian gebe (§. 39 Inst. 2. 1) nur demjenigen einen Anspruch, der *non data opera* finde. Ueberdieß habe Cramer sogar abergläubische Gebräuche beim Nachgraben angewandt, wodurch selbst der Eigenthümer, der auf seinem Grund und Boden nachgrabe, des Gefundenen verlustig werde.

l. un. cit.

In suis quidem locis unicuique dummodo *sine sceleratis ac puniendis sacrificiis aut alia qualibet arte legibus odiosa* thesaurum quaerere et invento uti, liberam tribuimus facultatem etc.

3) Wenn im vorliegenden Falle der Finder einen Anspruch auf die Hälfte habe, so müsse derselbe von Cramer geltend gemacht werden; für Kranz, als einen Dritten, entstehe daraus kein Recht.

Dagegen behauptet seinerseits der Herr v. Kranz, er brauche dem Dr. Fritz nicht einmal die Hälfte des Schmucks herauszugeben, denn

1) sei der Anspruch des Grundeigenthümers auf die Hälfte des Gefundenen nicht dinglicher, sondern bloß obligatorischer Natur gegen den Finder, es müsse also Fritz sich an Cramer halten.

Puchta, Vorlesungen zu §. 154.

2) Wenn mit Einwilligung des Eigenthümers gesucht werde, so falle dem Finder das Ganze zu; der Anspruch des Eigenthümers habe seinen Grund lediglich darin, daß wider seinen Willen oder ohne sein Wissen gesucht worden. Nur unter dieser Voraussetzung sei in der angeführten Verordnung Leo's dem Eigenthümer bei absichtlichem Suchen das Ganze, bei zufälligem Finden die Hälfte zugesprochen. Sobald daher diese Voraussetzung fehle, könne der Eigenthümer gar Nichts verlangen, denn sein Anspruch sei contra rationem juris. Der Consequenz nach müßte der Finder unter allen Umständen das Ganze erhalten, weil der Erwerb des thesaurus bekanntlich nach den Grundsätzen der Occupation zu beurtheilen sei.

l. 31 §. 1 D. de acq. r. dom. (41. 1) (Paulus):

Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat; *sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit.* —

Ein solcher gegen die Consequenz des Rechts dem Eigenthümer gegebener Anspruch sei auf die im Rechte ausdrücklich genannten Voraussetzungen zu beschränken und dürfe nicht analog ausgedehnt werden.

3) Wenn hier die Bestimmung hinsichtlich der sclerata ac punienda sacrificia Anwendung finden könnte, was höchst lächerlich sein würde, so wäre damit dem Gegner in keiner Weise geholfen, denn in solchem Falle würde der Fiscus das Ganze erhalten müssen, wie dieß vorgeschrieben

sei, wenn der Eigenthümer auf seinem Grundstücke auf verbotene Weise gesucht habe.

Was ist über die von beiden Seiten vorgebrachten Gründe zu sagen und wie ist zu entscheiden?

Vgl. l. 63 pr. §. 1. 2. D. de acq. dom. (41. 1) (Tryphoninus):

Si is, qui in aliena potestate est, thesaurum invenerit, in persona ejus, cui acquirit, hoc erit dicendum, ut si in alieno agro invenerit, *partem ei acquirat*, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit (si autem in alieno pars). §. 1. Sic communis servus in alieno invenerit, utrum pro dominii partibus, an semper aequis acquiret? Et simile est, at que in hereditate, vel legato, vel quod ab aliis donatum servo traditur, quia et thesaurus donum fortunae creditur, scilicet ut pars, quae inventori cedit, ad socios, pro qua parte servi quisque dominus est, pertineat. §. 2. Si communis servus in domini unius fundo proprio invenit, *de parte*, quae soli domino semper cedit, non est dubium, *quin solius domini praedii sit* etc.

S. auch unten Nr. CXXI.

---

§. 155—160.

CXVI. Am Abend des 16. Februar 1847 brachte ein Fuhrmann dem Dr. Müller in J. ein Faß Wein von der Weinhandlung W. in E. Auf dem Frachtbriefe war nur bemerkt: „Herr Dr. Müller erhalten von der Weinhandlung W. ein Faß Wein" mit Angabe des Maaßes. Dr. Müller war sich zwar einer Bestellung nicht bewußt, es fiel ihm jedoch ein, daß von jener Weinhandlung W. sein Schwiegervater seinen Bedarf beziehe und er zweifelte daher nicht, daß er das Faß als ein Präsent von diesem anzunehmen habe, um so weniger, da es gerade der Vorabend seines Geburtstags war. Kurz darauf wurde Müller in eine entfernte Stadt versetzt und es war ihm daher nicht möglich, nähere Erkundigungen über die Sache, bei welcher er überhaupt nichts Auffallendes fand, einzuziehen. Sein Schwiegervater wollte zwar von dem Geschenke nichts wissen, allein man war ein solches Abläugnen an ihm gewohnt.

Im März 1848 starb Müller und seine Frau beerbte ihn. Auch diese starb im Januar 1849 und wurde von ihrem Vater dem Commissionsrath Lux beerbt. Ueber diesen brach gegen Ende desselben Jahres der Concurs aus und es wurden zu Anfang d. J. 1850 seine sämmtlichen Mobilien, darunter auch sein reichhaltiger Weinkeller, gerichtlich verauctionirt. Bei dieser Versteigerung war auch der Weinhändler W. aus E. zugegen und erkannte in einem der Fässer dasjenige, welches er Mitte Februars 1847 dem Advocaten Müller in J. aus Erkenntlichkeit für erwiesene Dienste zugeschickt und über dessen Empfang dieser nie etwas geäußert hatte. Er fragte deshalb jetzt bei dem Advocaten M. an und in Folge davon erschien dieser, am 15. Februar 1850 Morgens bei dem Gastwirth Rosenkranz, welcher jenes Faß in der Auction erstanden hatte und beanspruchte dasselbe als sein Eigenthum.

Es entstehen folgende Fragen:

I. Hatte Dr. Müller durch Empfang des Fasses Eigenthum daran erworben?

II. Hat der Gastwirth Rosenkranz das Faß durch Ersitzung erworben? Für die Entscheidung dieser Frage kommt es auf Beantwortung folgender Vorfragen an:

1) War bei Dr. Müller die conditio usucapiendi vorhanden? Insbesondere hatte er den Besitz am Fasse erworben? Hatte nicht der Advocat Müller sofort durch die Tradition an den Fuhrmann Besitz und Eigenthum erworben, weil der Tradent seine Person speciell im Auge hatte?

l. 13 D. de donat. (39. 5) (Ulpianus):

Nam et si procuratori meo *hoc animo* rem tradiderit, *ut mihi acquirat*, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

2) War die zur Ersitzung erforderliche bona fides auch beim Commissionsrath Lux vorhanden? Welchen Einfluß würde die mala fides desselben haben?

l. 2 §. 19 D. pro emtore (41. 4) (Paulus):

Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit, alienam esse.

Ist die Bestimmung dieser Stelle durch das canonische Recht modificirt worden?

3) Angenommen, daß Rosenkranz am Morgen des 15. Febr. 1850 durch Müller in malam fidem versetzt wurde, hinderte diese mala fides superveniens die Ersitzung oder war dieselbe bereits vollendet?

l. 6. 7 D. de usurpat. (41. 3) (Ulpianus):

In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas januarias implet usucapionem.

Gellius Noct. Att. III. 2:

Q. quoque Mucium J. C. dicere solitum legi, lege non esse usurpatum mulierem, quae Kalendis januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset et *ante diem quartum Kalendas januarias sequentes* usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

Vgl. l. 5 D. qui testam. (28. 1).

CXVII Welche Sätze der Ersitzungs-Lehre finden in folgenden zwei Fällen Anwendung?

1) Das Stift zu R. hatte seit dem Jahr 1794 den Besitz gewisser Grundstücke ausgeübt. Als darauf im J. 1832 H. das Eigenthum an diesen Grundstücken auf gerichtlichem Wege in Anspruch nahm, berief sich das genannte Stift auf Acquisitivverjährung. — Diese wurde jedoch vom Kläger besonders damit bestritten, daß er im J. 1803 geboren, also beim Tode seines Erblassers und Vorbesitzers im J. 1818 noch unmündig gewesen und erst im J. 1828 volljährig geworden war. Bis dahin habe keine Verjährung wider ihn laufen dürfen. —

2) Nachdem die in Westphalen gelegene Niedereimer Mark, welche von dem Fiscus und den sogenannten Markbeerbten als Miteigenthümern besessen worden, zwischen diesen getheilt war, nahmen die Erben des Herrn v. P. gleichfalls ein Miteigenthum an der genannten Mark in Anspruch und verlangten eventuell, daß ihnen für das Recht, den gesammten Brennholzbedarf für ihr Gut aus der Mark zu entnehmen, eine Abfindung gewährt werde. Für diese ihre Ansprüche beriefen sie sich auf Acquisitivverjährung, indem jene beanspruchten Rechte vor eingeleiteter Theilung der Mark während eines Zeitraums von 30 Jahren von dem Vorbesitzer ihres Guts, ihrem Erblasser, ungestört ausgeübt worden.

CXVIII. Die Gebrüder Franz und Philipp Horn kauften im Jahre 1839 gemeinschaftlich von dem dreizehnjährigen Wilhelm Krause dessen Haus. Bei dieser Veräußerung war der Vormund des Unmündigen diesem zur Seite, hatte seine auctoritas interponirt und überdieß den Käufern versichert, daß auch die Obrigkeit die Veräußerung genehmigt habe. Da die Besorgung dieser Angelegenheit dem Vormunde von den Käufern übertragen war, so beruhigten sich die Letzteren bei dieser Versicherung, zumal da der Verkauf sofort vollzogen wurde.

Im Jahre 1851 kehrt der Bruder des Wilhelm Krause, Anton K. (geboren i. J. 1815), aus Africa zurück, der schon im Jahre 1838 todt gesagt worden war. Er war 1835 nach Algier gegangen und hatte bei den Franzosen Dienste genommen. Im Dec. 1838 war aber von dort die Nachricht eingetroffen, Anton K. sei in einer Schlacht gefallen. In der That war er nur verwundet, von den Eingebornen in das Innere von Africa geschleppt und dort 12 Jahre lang gefangen gehalten worden.

Sein Bruder ist zwar sogleich bereit, ihm die Hälfte an dem mit dem erhaltenen Kaufgelde erstandenen Hause abzutreten, der Zurückgekehrte aber besteht auf dem alten Hause und beredet seinen Bruder, der inzwischen volljährig geworden, mit ihm gemeinschaftlich das Haus von den Gebrüdern Horn zu vindiciren. Da diese aus dem Hause mittelst einer hindurchgezogenen Wand zwei Häuser gemacht haben, so daß jeder ein Haus für sich besitzt, so vindicirt jeder der beiden Kläger von jedem der beiden Beklagten die Hälfte von dessen Antheil.

1) Gegen Franz Horn wurde von beiden Klägern geltend gemacht, daß der Consens der Obrigkeit zu der erwähnten Veräußerung nicht ertheilt worden, mithin diese Veräußerung nichtig gewesen und daher auch

keinen Titel für die Usucapion habe abgeben können — nicht einmal als auf einen putativen Titel könne Beklagter sich auf jenen Verkauf berufen, da er gewußt, daß der Verkäufer ein Unmündiger sei.

l. 2 § 15 D. pro emtore (41. 4) (Paulus):

Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic (Gloss.: [alios est: *non*) plus sit in re, quam in existimatione. *Quod si scias pupillum esse*, putes tamen pupillis licere, res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia juris error nulli prodest.

Außerdem und für den Fall, daß dennoch die Erforderniſſe der Erſitzung und dieſe als vollendet angenommen werden ſollte, ſtellt Anton Krauſe die actio publiciana rescissoria an, indem er ſich auf ſeine Abweſenheit im Kriegsdienſte und auf ſeine Gefangenſchaft beruft.

§. 5 Inst. de actionibus (4. 6):

Rursus ex diverso, si quis, cum reipublicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse.

l. 35 pr. D. de obl. et act. (44. 7) (Paulus):

Item *publiciana*, quae ad exemplum vindicationis datur; sed cum rescissa usucapione redditur, *anno finitur*, quia contra jus civile datur.

l. 57 D. mandati (17. 1) (Papinianus) *):

Mandatum distrahendorum servorum, defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit; sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non utiliter (l. inutiliter) acturum (Basil.: *καλῶς κινεῖ*), cum exceptio justi dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.

2) Gegen Philipp Horn wurde nicht nur daſſelbe wiederholt, ſondern überdies noch angeführt

a) von Anton Krauſe, ſeinen, des Klägers, Antheil habe der Beklagte ſchon deshalb nicht erſitzen können, weil er, auch wenn er an den Tod des Klägers geglaubt habe, doch in mala fide geweſen ſei. Er habe nämlich gewußt, daß Kläger bei ſeiner Entfernung nach Algier in ſeiner Vaterſtadt ein Kind zurückgelaſſen, mit deſſen Mutter er ſich, als dieſelbe dem Tode nahe geweſen, im Beiſein des Beklagten hatte trauen laſſen.

b) von Wilhelm Krauſe, auch die andere (dem Kläger gebührende) Hälfte habe Beklagter nicht erſitzen können, gleichfalls wegen ſeiner Kennt-

*) Vgl. über dieſe Stelle Cujacius ad Pap. resp. h. l. Glück, Comm. Bd. VIII. S. 366 ff. v. Savigny, Syſtem VII. Beil. 19.

tur utri cedant, Cassius ait, pro portione rei aestimandum, vel pro pretio cujusque partis. Sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut ejus cujus nomine ferruminata est. Sed Proculus et Pegasus existimant, ***suam cujusque manere.***

Es sei daher dem Krämer der Kopf, dem Weinwirth der übrige Theil der Statue zuzusprechen. Doch sei es für den Weinwirth rathsam, die Theilung noch vorzunehmen, während die Statue in der Erde liege, denn sobald sie herausgenommen werde, sei es sehr zweifelhaft, ob nicht für beide Theile Miteigenthum an der ganzen Statue begründet werde. Für die Annahme des Miteigenthums spreche

l. 19 D. comm. div. (10. 3) Paulus:

Arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, ***quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt***, nec in communi dividundo judicium veniunt. Sed cum aut ***lapis exemtus*** aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo judicium, nam quod erat finitis partibus rursus confunditur. Quare duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat, ita arbor et lapis separatus a fundo confundit jus dominii.

Zwar entscheide derselbe Jurist (Paulus) an einem andern Orte dafür, daß auch nach der Trennung von dem Grundstücke noch das Eigenthum in derselben Gestalt, nämlich wie an zwei selbstständigen Sachen, fortdaure

l. 83 D. pro socio (17. 2)*) (Paulus):

Illud quaerendum est, arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, an cum succisa arbor (est) vel lapis exemtus (ejus sit), cujus fundus, pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerat, an qua ratione duabus massis duorum dominorum conflatis, tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo separatur a solo, propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis sit quam massa? Sed naturali convenit rationi, et postea ***tantam partem utrumque habere*** tam in lapide quam in arbore, ***quantam et in terra habebat.***

Allein bei dem in l. 19 cit. enthaltenen Widerspruche sei es besser, diesen zweifelhaften Fall ganz zu vermeiden.

D. endlich schließt sich der Argumentation des C. an, nur mit dem Unterschiede, daß er zugleich auch die Grundsätze vom thesaurus anwenden will und demnach dem Weinwirth als Finder auch das Miteigenthum an dem Kopfe zur Hälfte zuspricht, wodurch dieser in den Stand gesetzt werden soll, der Trennung des Kopfes zu widersprechen.

Was ist über diese verschiedenen Ansichten zu urtheilen?

---

*) S. über diese Stelle v. Vangerow, Pand. I. §. 329.

CXXI. Zu einer Zeit, wo die Ständeversammlung des Fürstenthums X. das Interesse des Publikums im höchsten Grade fesselte, unternahm es der Lithograph und Daguerreotypeur **Weiße** daselbst, eine Lithographie des Ständesaals mit sämmtlichen Mitgliedern auf Speculation zu verfertigen und wußte zugleich auch einige der bedeutendsten Mitglieder zu bewegen, sich von ihm daguerreotypiren zu lassen. Er nahm dabei von jedem derselben mehrere Bilder zur Auswahl auf und behielt die bei der Auswahl verworfenen Platten, ohne sie jedoch zu neuen Portraits zu benutzen, da er hoffen durfte, die auf den Platten befindlichen bei der damals herrschenden Begeisterung sehr vortheilhaft absetzen zu können. Dieselbe Speculation machen aber auch A. und B.

Von dem Ersteren hat Weiße den Stein zur Lithographie bezogen, von B. die Silberplatten, den Preis dafür aber noch nicht bezahlt. Beide läugnen, ihm den Preis creditirt zu haben und beanspruchen mit dem Stein und den Platten zugleich auch die darauf befindlichen Bilder als Accession. Weiße verweigert die Herausgabe, weil das Bild die Hauptsache, der Stein und die Platten nur als Accession desselben zu betrachten seien, nach den Grundsätzen, welche Justinian für Gemälde festgestellt habe:

§. 34 Inst. de rer. divis. (2. 1):

Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturae cedere, aliis videtur, picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere; sed nobis videtur melius esse, *tabulam picturae cedere.* Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.

Hätte Justinian von Lithographie und Daguerreotypiren Etwas gewußt, gewiß würde er auch für diese Fälle dasselbe wie für die Malerei festgesetzt haben.

Gerade das Gegentheil leiten A. und B. aus der angeführten Institutionenstelle her. Zunächst sei es offenbar eine singuläre Bestimmung, denn das Princip in der Lehre von der Accession beruhe auf der Abhängigkeit der einen Sache von der andern und würde dazu geführt haben, die tabula für die Hauptsache zu erklären. Singuläre Rechtsbestimmungen dürften aber bekanntlich nicht analog ausgedehnt werden. Wollte man aber auch eine Ausdehnung auf alle Fälle, wo dieselbe ratio anwendbar, zulassen, so würde dies doch in dem vorliegenden Falle dem Gegner Nichts helfen; denn die ratio, welche Justinian anführe, sei in den Worten enthalten: Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Also der hohe Kunstwerth eines Gemäldes begründe die erwähnte Ausnahme.

Von einem solchen Kunstwerthe könne weder bei einer Lithographie noch bei einer Daguerreotypie die Rede sein, bei der letzteren schon um deswillen nicht, weil hier der Künstler nur vorbereitend mitwirke, hervorgebracht werde das Bild durch das Sonnenlicht und es müßten daher die Grundsätze über das Färben einer Sache

l. 26 §. 3 D. de acq. r. dom. (41. 1):

oder über das Beschreiben von Papier

l. 9 §. 1 D. eod.

Platz greifen. Uebrigens sei ja auch bei der pictura dem dominus tabulae eine utilis rei vindicatio eingeräumt, es heiße in der angeführten Institutionenstelle weiter:

At si is, qui pinxit, possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli. Cf. l. 9 §. 2 D. t. c.

Auch sei ja Weiße malae fidei possessor des Steins und der Platten und für diesen Fall heiße es §. 34 J. 2. 1 weiter:

Illud enim palam est, quod sive is, qui pinxit, subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

Ueberdies behauptet A., er habe dem Weiße den Stein nur auf ein Jahr zum Zweck des Lithographirens geliehen. Inwiefern wäre dieser Umstand, wenn er bewiesen würde, von Relevanz?

Könnten vielleicht die portraitirten Abgeordneten die Portraits vindiciren, weil das Zustandekommen derselben nur durch ihre Person möglich gewesen? —

CXXII. Zwischen dem Mühlbesitzer H. und den Grundstücksbesitzern S., W. und Z. entsteht Streit über den Schlamm, welcher sich im Mühlgraben angesammelt hat. Die genannten drei Grundbesitzer beanspruchen denselben als Alluvion ihres Landes. H. dagegen, welcher den Schlamm, so oft er den freien Wasserlauf hemmt, aus dem Graben zu entfernen pflegt, behauptet, eben deshalb auch allein zum Eigenthum daran berechtigt zu sein. In dem Rechte, die fremden Grundstücke zu betreten und den daran angesetzten Schlamm auszuschaufeln, liege zugleich das Recht, diesen, der so zur herrenlosen Sache werden würde, wenn er es nicht von Anfang wäre, als Eigenthum zu behalten. Jedenfalls gebühre ihm dieß als Entschädigung für seine Mühe. Von den Grundsätzen der Alluvion könne natürlich nur da die Rede sein, wo das Angeschwemmte zur bleibenden Verbindung bestimmt sei.

Wer hat Recht? —

CXXIII. Die Elbe hatte bei dem Städtchen Rathen in Sachsen ihr Flußbett erweitert, indem der Strom nach und nach von den angrenzenden Ufern Land hinweggeschwemmt hatte. Da diese Erweiterung der Schifffahrt nachtheilig war, so entschloß sich das Finanzministerium, den Lauf des Stroms wieder zu ordnen. Zu diesem Zwecke wurden an jenem Orte zwei Correctionsdämme angelegt, der eine an dem linken, der andere an dem rechten Elbufer. Der Bau dieser Dämme wurde im Jahre 1838 begonnen und im Jahre 1843 beendet und zwar war die Anlegung in der Art erfolgt, daß nur die Endpunkte der Dämme mit dem Ufer zusammenhingen und daher jeder von ihnen in seiner Ausdehnung einen Theil von dem bisherigen Flußbette gänzlich abschnitt. Die

Grundstücke, welche, soweit sich die gedachten beiden Dämme erstrecken, die beiden Ufer bilden, befinden sich im Eigenthum der Gemeinde Königstein. Diese klagt im J. 1846 gegen den Staatsfiscus auf Anerkennung ihres Eigenthums an jenen abgeschnittenen Räumen, wovon der eine 272,92, der andere 645,61 Quadrat-Ruthen enthält. Denn, sagt die Klägerin in ihrer Klagschrift, da jene durch die beiden Dämme von dem Flußbette abgeschnitteuen Räume vom Wasser nicht mehr überflossen werden, so sind sie verlassenes Flußbett, als solches aber müssen sie den Eigenthümern der angrenzenden Ufer zufallen. Der Beklagte räumt das Factische der Klage ein, läugnet aber die rechtliche Consequenz, welche Klägerin daraus gezogen. Die Grundsätze vom alveus derelictus könnten hier aus drei Gründen keine Anwendung finden:

1) weil hier nicht durch Naturereignisse, wie beim alveus derelictus vorausgesetzt werde, die Veränderung bewirkt worden;

2) als alveus derelictus könne betrachtet werden nur eine Veränderung in der ganzen Richtung eines Stroms; hier aber sei derselbe nur in seiner Breite verändert, nur verengt worden;

3) die in Frage stehenden Räume seien keineswegs wasserleer, sondern nur statt von fließendem, von stagnirendem Wasser bedeckt, und da sogar ein wasserfreier Grund und Boden durch Unterwassersetzung während einer Ueberschwemmung für die Dauer derselben dem bisherigen Eigenthümer entzogen werde

l. 7 §. 6 D. acq. r. dom. (41. 1),

so könne doch gewiß an solchem Lande kein neues Eigenthum erworben werden, denn ein Verhältniß, wodurch bestehendes Eigenthum aufgehoben werde, könne unmöglich zum Neu-Erwerb von Eigenthum taugen.

Die klagende Gemeinde hätte sich von ihrem Unrechte schon durch die Erwägung überzeugen können, daß sie doch dem beklagten Fiscus nicht bestreite, er habe ein Recht gehabt, aus öffentlichen Rücksichten jene Dämme anlegen zu lassen. Ebensowenig würde sie läugnen wollen, daß Beklagter das Recht habe, wenn er jenen Zweck nicht erreicht sehe, die Dämme wieder abbrechen zu lassen. Dies würde aber nach der Theorie der Klägerin ein Eingriff in fremdes Eigenthum also unzulässig sein, und so führe diese Theorie ad absurdum. Die Klägerin entgegnete, es komme bei den Grundsätzen über den alveus derelictus weder auf die Ursache, noch auf die Art der Veränderung im Flußbette an, sondern lediglich auf Anwendung des Princips, daß das Flußbett an sich bloß Fortsetzung des angrenzenden Grundstücks und nur durch den Fluß dem an letzterem bestehenden Eigenthum entzogen und zur res publica gemacht sei.

l. 1 §. 7 D. 43. 12:

Alveus, quem sibi flumen fecit, et si privatus ante fuit, incipit esse publicus, *quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.*

§. 166.

S. unten zu §. 181 Nr. 137.

Spitz. d. Fazani.

§. 167 — 171. 173.

CXXIV. Im August 1849 gab in Leipzig der Hofrath Ehrenfried dem Advocaten Siegel 32 Königsberger Stadtobligationen mit dazu gehörigen Coupons, deren Nennwerth sich zusammen auf 10,530 Thaler belief, um sie ihm, während er verreist sei, aufzuheben. Sollte sich eine günstige Gelegenheit zu ihrem Verkaufe bieten, so sollte er sie veräußern dürfen. —

Als er zu Ende des Jahres zurückkehrte, bot ihm Siegel einen Tausch der erwähnten Obligationen gegen andere Staatspapiere an. Derselbe kam jedoch nicht zu Stande und nach mancherlei Verhandlungen war Ehrenfried gerade im Begriffe, gegen Siegel zu klagen, als dieser plötzlich zu Anfang des Jahres 1851 starb. Unter seinem Nachlasse fanden sich jedoch weder die 32 Stadtobligationen, noch eine Notiz, wohin sie gekommen. Da zugleich über den Nachlaß Siegel's der Concurs eröffnet wurde, so blieb für E. nur eine Möglichkeit offen, zu seinen Papieren zu gelangen, nämlich sie von dem jetzigen Besitzer zu vindiciren. Nach vielen Bemühungen glückte es ihm endlich, diesen in der Person des Kaufmanns Bock in L. zu entdecken. Dieser verweigerte jedoch die Herausgabe, wenn ihm nicht die Kaufsumme von 8000 Thalern, für die er die Obligationen am 30. August 1849 von Siegel erhalten hatte, ersetzt werde. Ehrenfried klagt deshalb im October 1851 gegen Bock, indem er mit der rei vindicatio eventuell die actio publiciana verbindet.

Der Beklagte wendet dagegen ein:

1) daß die streitigen Obligationen schon überhaupt als öffentliche Papiere, welche auf den Inhaber lauten, der Vindication gar nicht unterworfen seien. Bei den hier fraglichen Papieren aber sei die Vindication auch noch insbesondere deshalb ausgeschlossen, weil das Preußische Recht, welches hier zur Anwendung kommen müsse, die Vindication bei baarem Gelde und Papieren au porteur nicht zulasse.

2) die Vindication hätte in der Klagschrift durch die Anführung begründet werden müssen, daß der auctor des Klägers Eigenthümer gewesen sei, was Kläger unterlassen habe;

3) die actio publiciana sei unwirksam gegen denjenigen, der gleichfalls im Usucapionsbesitze sich befinde. Dies sei aber bei ihm, dem Beklagten, der Fall. Kläger müßte ein besseres Recht für sich anführen, was er nicht könne. Es müsse daher der Grundsatz Anwendung finden: in pari causa melior est conditio possidentis. —

Der Kläger erwidert hierauf u. A.:

ad 2) nach der in neuerer Zeit vertheidigten richtigeren Ansicht brauche der Vindicant das Eigenthum seines Auctors gar nicht zu beweisen, weil im neueren Römischen Rechte die rei vindicatio mit der actio publiciana in der Weise verschmolzen sei, daß die Erfordernisse der letztern zur Anstellung der erstern genügten. Jedenfalls müsse für die Rechtmäßigkeit der ihm von X. geschehenen Uebertragung, welche er in der Klage angeführt, so lange präsumirt werden, bis der Beklagte das Gegentheil be-

wiesen habe. Insofern habe er also ein besseres Recht für sich, weil hinsichtlich des Beklagten feststehe, daß er die Papiere von einem Unberechtigten erhalten habe. Aber auch aus einem anderen Grunde sei er im bessern Rechte und wenigstens zur a. publiciana berechtigt, weil

ad 3) der Beklagte die a. publ. nicht würde anstellen können, mithin nicht *in pari conditione* sich befinde; denn der Verkauf der Obligationen von Seiten Siegel's sei ein furtum gewesen, mithin die verkauften Papiere res furtivae und wegen dieses vitium rei sei Bock gar nicht in conditione usu capiendi.

Vgl. c. 7 Cod. de usuc. p. emt. (7. 26):

Sciens servum alienum contra domini voluntatem venundans furtum committit. Quod rei vitium, priusquam ad dominum ejus revertatur possessio, non permittit usucapionem fieri, licet bona fide possideatur.

Cf. c. 1 eod. §. 2 Inst. de usuc. (2. 6) l. 78 pr. D. de furt. (47. 2) l. 9 §. 5 l. 12 §. 4 D. de publ. i. r. a. (6. 2).

Es wird jedoch ungeachtet dieser Ausführungen durch ein im April 1852 eröffnetes Erkenntniß die Klage hauptsächlich mit Bezug auf des Beklagten Einwendungen, in der angebrachten Maaße abgewiesen. Der Kläger wendet gegen dieses Erkenntniß ein Rechtsmittel ein, bittet uns aber um ein schleunigst zu ertheilendes Gutachten, wie er die angestellte Klage rechtfertigen könne. Das Eigenthum seines Auctors könne er nicht beweisen. Auch wünscht er besonders, zu wissen, wie er wohl verhindern könne, daß der Beklagte die Papiere im Laufe des Processes ersitze. Er habe nämlich gehört, daß neuere Theoretiker annähmen, die Litiscontestation unterbreche die Usucapion nicht. —

CXXV. Nach dem im Fürstenthum X. geltenden Landesrecht können Grundstücke nur öffentlich und zwar gerichtlich zum Eigenthum an Andere übertragen werden. Die Uebertragung ohne gerichtliche Mitwirkung hat keinen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse zu dritten Personen und bewirkt nur unter den Contrahenten gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten. In diesem Fürstenthum hatte A. dem B. ein Grundstück verkauft und nach bezahltem Kaufpreise übergeben, jedoch ohne gerichtliche Mitwirkung.

B. verkaufte dasselbe Grundstück bald darauf an C. Er ließ die Uebergabe an diesen gleichfalls außergerichtlich durch einen Bevollmächtigten vornehmen. Die Bezahlung an diesen unterblieb jedoch; C. bemerkte hierüber, daß er eben im Begriffe stehe, nach X., dem Wohnorte des B., sich zu begeben, wo er mit den dort bereit liegenden Mitteln das Nöthige besorgen wolle. In X. wurde jedoch C. von seinem Advocaten aufmerksam gemacht, daß B., da er das Grundstück von A. nur außergerichtlich übertragen bekommen, noch gar nicht Eigenthümer sei. In Folge davon ging C. zu A., bezahlte an ihn den Kaufpreis und bestimmte ihn dazu, ihm, dem C., das Grundstück nochmals und zwar nur unter gerichtlicher Mitwirkung zu übertragen.

Kurze Zeit darauf stirbt C. und der Concurs wird über sein Vermögen eröffnet. In demselben macht B. sein Eigenthumsrecht an dem Grundstücke geltend, mindestens hält er sich zur publiciana in rem actio berechtigt. Der Concurs-Curator bestreitet alles besondere Recht des C. auf das Grundstück.

Ist der Anspruch des B. begründet?

Vgl. u. A.: l. 8 D. de publ. in r. a. (6. 2) Gajus:

De pretio vero soluto nihil exprimitur. Unde potest conjectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut requiratur an solutum sit pretium.

l. 9 §. 4 D. eod. Ulpianus:

Et Julianus lib. VII. Digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est.

l. 12 §. 4 eod. Paulus:

Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit; quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat. —

CXXVI. Der Sohn des Gastwirths Schenk verkauft einen Hund seines Vaters ohne Wissen desselben an den Müller Heinrich für 25 Thaler. Einige Wochen darauf gelingt es dem Hunde, von dem Hofe H's zu entwischen und zu dem jungen Schenk zurückzukehren, dessen Vater, der schon zur Zeit des Verkaufs am Tode gelegen hatte, inzwischen gestorben war, ohne von der Veräußerung Etwas erfahren zu haben. Schenk verkauft ihn sofort an den X. und dieser an den Gutsbesitzer Ulrich.

Bei diesem findet ihn Heinrich, und da ihm die Herausgabe verweigert wird, so will er gegen ihn mit der rei vindicatio, eventuell mit der publiciana in rem actio, auftreten und sich zum Beweise seines Rechts auf den mit dem jungen Schenk geschlossenen Kaufvertrag stützen. In diesem Entschlusse macht ihn jedoch ein Brief Ulrich's, den er als einen rechtlichen Mann kennt, sehr wankend. U. schreibt ihm nämlich, es könne ihm nicht in den Sinn kommen, das rechtmäßige Eigenthum eines Andern zu bestreiten und er habe daher genaue Erkundigung bei dem Gastwirth Schenk eingezogen. Dabei habe sich aber herausgestellt, daß der Hund zur Zeit, als Heinrich ihn gekauft, noch dem Vater des jetzigen Gastwirths Sch. gehört, derselbe aber auf seinem Krankenlager Nichts von der Veräußerung erfahren habe. Dagegen sei Schenk, der Vater, zur Zeit des Verkaufs an X. bereits gestorben und sein Sohn daher damals durch Erbschaft Eigenthümer des Hundes gewesen und mithin sei nun erst auf X., nicht schon auf den ersten Käufer, Heinrich, das Eigenthum übergegangen. Daher könne er, so sehr ihm auch daran liege, selbst den Schein des Unrechts zu vermeiden, sich doch nicht überzeugen, daß in diesem Falle das Unrecht auf seiner Seite sei.

Heinrich bittet deshalb um ein Gutachten, in welchem auf alle hier etwa entstehenden Fragen eingegangen, namentlich auch der Fall berück-

sichtigt werden soll, daß Ullrich den Hund wieder an Schenk veräußern würde. Es sind bei Ausarbeitung dieses Gutachtens besonders folgende Fragen zu beantworten:

1) kann Heinrich gegen Ullrich die rei vindicatio oder die publiciana mit Erfolg anstellen?

2) kann er für den Fall, daß er damit durchdringen sollte, zum Ersatz der Futterkosten von 10 Thlrn. und des Kaufpreises von 46 Thlrn. gezwungen werden, welchen Ullrich an X. bezahlt hat? X. hatte bei Bestimmung desselben geäußert, er wolle ihm den Hund für denselben Preis, den er gegeben, für 39 Thaler lassen, wenn er ihm die Kosten für thierärztliche Behandlung seit einem halben Jahre, nämlich 7 Thaler, darauf legen wolle, worauf Ullrich eingegangen war. Es kommt dabei in Betracht die Bestimmung in

l. 14 §. 1 D. Comm. div. (10. 3):
Impendia autem quae, dum proprium fundum meum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agatur, aequitate ipsius retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei judicium est communi dividundo. Sed hoc ita ***si mecum agatur***, ceterum si alienavero partem meam, non erit, unde retinere possim. ***Sed is, qui a me emerit, an retinere possit***, videndum est. Nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere. ***Et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur.***

Außerdem verlangt aber Ullrich auch noch für den Fall der Herausgabe die Kosten ersetzt, welche er auf Abrichtung des Hundes zur Jagd gewendet habe, im Betrag von 15 Thalern. Er habe ihn durch den Jäger Z. zu einem der besten Jagdhunde in der Umgegend ziehen lassen und er könne mehrere Gutsbesitzer nennen, welche sich schon erboten hätten, den Hund, gerade weil er als Jagdhund so brauchbar sei, um das Doppelte des ursprünglichen Preises zu kaufen. Heinrich will jedoch davon Nichts wissen, weil dieser Aufwand für ihn ganz ohne Nutzen sei, denn er brauche den Hund lediglich als Hofhund.

l. 8 D. de imp. in r. dot. factis (25. 1):
Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, ***si voluntate mulieris factae sint;*** iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest. Quod summam habet aequitatis rationem.

l. 10 eod.:
Quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, ***promercales*** fuerint, tales impensae non voluptariae, sed utiles sunt.

3) Wie würde sich die Sache gestalten, wenn Ullrich, ehe noch gegen ihn geklagt wäre, den Hund, weil er zu viel Unart an sich habe, dem Gastwirth Schenk zurückgäbe, ohne weiter Etwas zu verlangen, als den Ersatz des Futtergeldes von 10 Thalern? Könnte Schenk als Be-

klagter diese 10 Thaler von Heinrich, wenn dieser von ihm vindicirte, ersetzt verlangen? Könnte er es, wenn es z. B. Kurkosten wären?

Zu vergleichen ist auch

l. 30 §. 1 D. de aedil. ed. (21. 1) Paulus:

Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emtor fecerit, imputabit; praecedentes impensas nominatim comprehendendas, Pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda, Aristo (ait); nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio ejus fuit.

Negatoria i. r. actio

§. 172.

CXXVII. Ist in folgenden Fällen eine negatoria in rem actio anwendbar?

1) Der Besitzer der Bade- und Brunnenanstalt X. will gegen den benachbarten Grundeigenthümer F. klagen, weil dieser auf seinem (F's) Grund und Boden einen Brunnen hat graben lassen und dadurch ihm (dem X.) das zu seiner Anstalt nöthige Mineralwasser entzieht.

2) Vier Gemeinden, B., D., L., N., denen das Eigenthum eines Walds, aus dem sie bisher Holz gegen Abgabe bezogen, überlassen wurde, kamen überein, daß jeder Hofstätte 6 Morgen zufallen sollten, weil bisher jeder Hof gegen Abgabe ein dem entsprechendes Holzquantum beanspruchen konnte. Nachdem hierauf der Einwohner Z. für die auf seinen Namen im Lagerbuche geschriebene Hofstätte 3 Morgen ausgeliefert bekommen hatte, erhob der Schultheiß F. in L. gegen die Verabfolgung der übrigen 3 Morgen Einspruch mit der Behauptung, daß er die Hälfte des auf Z. geschriebenen Hofs als Miteigenthümer besitze und ihm daher die 3 Morgen zu übergeben seien. Z. will gegen F. klagen und zwar mit der negatoria in rem actio.

3) A. stellt gegen B. die actio negatoria an, weil der Letztre sich eines auf dem Grundstücke des Klägers befindlichen Wegs bedient. Der Beklagte setzt der Klage nur die einzige Behauptung entgegen, der fragliche Weg sei ein öffentlicher. — Was wird aus der Klage des A.? —

S. a. unten zu §. 186—188 und zu §. 191.

CXXVII. a. Der herzogl. A.'sche Fiskus hat die ihm als Eigenthümer des Gutes U. in der Saale zuständige Fischereigerechtigkeit an Ernst J. in J. auf 10 Jahre für 15 Thlr. verpachtet, und Letzterer bei Ausübung der Fischerei zu verschiedenen Zeiten ein an der Saale liegendes Grundstück des Ackermannes F. in K. begangen, um an dessen Ufer das Ein- und Ausladen, Aufstellen von Reusen und Netzen, sowie das Trocknen der Netze zu bewerkstelligen. F. hat in Folge dessen gegen ihn die Negatorienklage angestellt, darin das Gesagte angeführt, zugleich bemerkt, daß ihm durch die Handlungsweise des Beklagten ein Schaden in der Gräsereinutzung zugefügt werde, die völlige Freiheit seines Eigenthums be-

hauptet und gebeten, dem Beklagten jegliches Betreten desselben bei Meidung von Strafe zu untersagen.

Beklagter wandte ein: Als Pächter der dem fiscalischen Gute zustehenden Fischerei müsse er das Recht in Anspruch nehmen, das Grundstück in der fraglichen Weise zu betreten und benutzen. Diese Berechtigung erscheine als eine auf dem Grundstücke des Klägers haftende, „durch dessen örtliche Lage bedingte natürliche Servitut, da ohne solche die Fischerei nicht ausgeübt werden könne.“ Eine Rechtsverletzung liege überhaupt nicht vor, denn Bekl. habe eine ihm verpachtete, dem Fiscus durch Verjährung erworbene Gerechtigkeit ausgeübt. Sowohl Bekl. selbst als die früheren Pächter haben alle an die Saale anstoßenden Grundstücke, soweit die fiscalische Fischerei sich erstrecke, seit rechtsverjährter Zeit betreten, mit dem Fischkahne am Ufer angelegt, und in gleicher Weise auch das klägerische Grundstück benutzt und von diesem Rechte als einem annexum der verpachteten Fischerei mit gutem Grunde Gebrauch gemacht. Uebrigens sei die Klage gar nicht gegen den richtigen Bekl. angestellt. Gegen einen Pachter finde eine Negatorienklage nur dann Statt, wenn sich derselbe eines selbstständigern facti turbativi schuldig gemacht, nicht aber, wenn die Klage blos behaupte, daß der Pachter als solcher durch Ausübung einer dem Pachtgute angeblich zustehenden Servitut in das klägerische Eigenthum eingreife. Im vorliegenden Falle seien vom Kläger nur solche facta angeführt, „welche als Ueberflüsse der fraglichen Servitut erscheinen“, daher höchstens ein Schadensanspruch habe erhoben werden können.

Die actio negatoria diene dazu, denjenigen, der dem Kläger die Freiheit des Eigenthums vorenthalte, zum Aufgeben seiner Handlungsweise zu nöthigen. Die Behauptung einer desfallsigen Berechtigung müsse bei Prädialservituten „zu Gunsten eines praedii oder einer demselben zustehenden Gerechtsame“ erhoben werden, weshalb auch nur deren Eigenthümer resp. Inhaber die Servitut gegen die Negatorienklage vorschützen „resp. durch Aufgeben derselben dem Kläger gerecht werden könne.“ Somit komme auf den Erwerb der Servitut nichts an.

Kläger trug hiergegen vor: die Negatorienklage stehe dem Eigenthümer gegen Jeden zu, der Eingriffe in sein Eigenthum mache, mögen auch Servituten dabei gar nicht in Frage sein (L. 13. L. 14 §. 1 D. 8. 5. v. Vangerow, Pand. §. 353 Anm. 1. Sintenis, Civilr. §. 52 S. 526), und es sei ganz gleichgültig, ob sich der Bekl. ein Recht und namentlich eine Servitut beilege, „das sei Gegenstand der Exception für ihn.“ Seine Handlung brauche nur eine Verhinderung des Eigenthümers in der Ausübung des unbeschränkten Eigenthums zu sein, könne aber auch in einer blos wörtlichen Berühmung bestehen. Gleichgültig erscheine ferner, ob der Störende ein ihn dazu autorisirendes dingliches Recht in eigenem oder fremden Namen behaupte. Letztern Falles könne er gerade so belangt werden, wie die vindicatio rei gegen Denjenigen gehe, welcher im Namen eines angeblichen Eigenthümers eine Sache detinire; ihm sei es überlassen, an letzteren im Falle des Unterliegens seinen Regreß zu suchen, oder eine laudatio auctoris vorzunehmen. Daß gerade gegen den Pachter

negatorisch könne geklagt werden, zeige auch L. 8 §. 5 D. 8. 5, keineswegs sei der Eigenthümer auf eine Schadensklage beschränkt und zwar um so weniger, als sich recht wohl denken lasse, daß der Eingriff in sein Eigenthum höchst unangenehm fühlbar, aber doch nicht von der Art sei, daß sich dabei ein Schaden nach Geld berechnen lasse, und dann die negatoria als das einzige Rettungsmittel erscheine. (v. Wening-Ingenheim, Civilr. II. §. 123 (26) Hoffmann, Lehre von den Servit. §. 120 S. 226). Dagegen dürfe der bloße Pachter nicht excipiendo dasjenige geltend machen, was sein Verpachter vielleicht als Grund einer zu dem Eingriffe in Klägers Eigenthum berechtigenden Servitut confessorisch würde aufführen können. Dieses ergebe eben die Verschiedenheit der Richtung der negatoria und confessoria, wie des rechtlichen Verhältnisses, in welchem der Negatorienkläger und der mit der confessoria Auftretende zu dem betreffenden Grundstücke stehen. Mit der negatoria vertheidige jener die Freiheit eines ihm gehörigen Grundstücks gegen jeden Eingriff, während die confessoria zwar einem Nichteigenthümer, z. B. dem Emphyteuta und Usufructuar, nicht aber dem bloßen Pachter zustehe, weil er sich nicht, wie jene, in einem rechtlichen Verhältnisse zum Grundstücke, sondern einzig und allein in einem Obligationsnexus zum Verpächter befinde. Daß dieser ihn zur gerichtlichen Geltendmachung der angeblichen Servitut ermächtigt habe, sei nicht behauptet, in dem bloßen Pachtvertrage liege auch nicht etwa ein mandatum tacitum. Falle eine etwaige Entscheidung über die Servitut dahin aus, daß dieselbe als nicht bestehend erklärt würde, so könne sich der Sieger dem Verpachter gegenüber hierauf, als auf eine res inter alios gesta, niemals berufen, es würde folglich auch gar kein Verfahren über die Frage des Bestehens der Servitut zulässig sein. Hiermit erscheine dann auch die Beantwortung der Frage überflüssig, ob die angebliche Befugniß der Bedeutung des Grundstücks zum Zweck der Fischerei als natürliche oder nothwendige Servitut anzusehen sei, zu geschweigen, daß es der desfallsigen Behauptung des Bekl. an der thatsächlichen Begründung fehle. Kein Vernünftiger werde annehmen, daß eine Fischerei ohne Benutzung der an dem Ufer liegenden Grundstücke überhaupt ausgeübt werden könne, und andererseits habe Bekl. gar keine concrete, locale Verhältnisse angegeben, welche in dem hier vorliegenden Falle die Sache anders erscheinen lassen.

In der ersten Instanz wurde die Klage als unbegründet verworfen, in der zweiten aber erkannt: Bekl. sei schuldig, sich alles Betretens und Begehens des klägerischen Grundstücks bei 20 Thlr. Strafe zu enthalten und die sämmtlichen Proceßkosten zu tragen resp. zu erstatten.

Welche Entscheidung ist richtig?

Drittes Capitel. Das Recht der Superficies und Emphyteusis.

§. 175.

CXXVIII. Als im J. 1839 das Haus des Dr. Messing in D. abbrannte, erbot sich der Secretär Weidner, welcher den zweiten Stock des Hauses inne gehabt hatte, zu dem Neubau 1000 Thaler beizutragen, wenn ihm dafür das Recht, welches ihm an dem früheren Gebäude zugestanden, auch an dem neuen eingeräumt werde, was ihm Dr. Messing gern bewilligte. Im J. 1850 starb der Secretär Weidner und sein Sohn und alleiniger Erbe, Julius Weidner, richtete den von seinem Vater bewohnten zweiten Stock als Local zu einer Restauration her. Sobald hiervon Dr. Messing Kenntniß erhielt, ließ er dem Restaurateur bemerklich machen, er habe in seinem Hause Nichts zu suchen. Das zweite Stock desselben sei dem Secretär Weidner nur für dessen Person eingeräumt gewesen. Sein Anwalt rieth ihm außerdem, eventuell für den Fall, daß das Verhältniß zu Weidner als Miethverhältniß betrachtet werde, jetzt zu kündigen. Messing ist sogar erbötig, die 1000 Thaler zurückzuzahlen, wenn er nur die Einrichtung der Restauration abwenden könne.

Julius Weidner will sich jedoch unter keiner Bedingung zur Räumung des Locals verstehen. Er stützt sich seiner Seits darauf, daß der zweite Stock schon von seinem Großvater besessen worden war, der ihn von dem Maler Alt gekauft hatte und zwar „mit allen Rechten, wie sie „dem Verkäufer an dem verkauften Stockwerk zugestanden" — auch von Alt in den Besitz eingewiesen war. — An diesen aber war die Wohnung von dem Rath Messing, dem Großonkel des Dr. Messing gekommen, welcher Letztere das Haus mit seinem Bruder, dem Commissionär M., zusammen ererbt und so mit ihm getheilt hatte, daß dieser den untern, jener den obern Stock auf seinen Theil genommen, wobei ein Jeder für „durch diese Theilung und Sonderung für alle seine Erb- und Eigenthumsrechte vollständig befriedigt und für immer abgefunden" sich erklärt hatte. Der Sinn dieses Theilungsvertrags sei offenbar die Errichtung einer superficies für den Rath Messing gewesen.

Wenn sich aber auch dieses Document nicht wieder auffinden lasse, so sei doch das Recht der superficies durch Ersitzung erworben worden.

CXXIX. Der Kaufmann Peter war Eigenthümer zweier unter einem Dache befindlicher, mit Nr. 343 und 344 bezeichneter Häuser in M. Im Jahre 1844 verkaufte P. „das mit 343 bezeichnete Eck„haus, das mit dem, dem Verkäufer gleichfalls zuständigen, an der Haupt„wache situirten Hause, welches gegenwärtig von H. bewohnt wird, unter „einem Dache zusammengebaut ist, mit einer großen Durchfahrt, Hof„platz, Hintergebäude und den unter dem erwähnten von H. jetzt be„wohnten Hause durch bis an die Einfahrt desselben gehenden und sich er„streckenden Weinkeller zunebst den darin jetzt vorhandenen, resp. nach „dem Paradeplatz und der Gasse hingehenden Fenstern, die jedoch, soweit

„sie unter des Verkäufers vorerwähntem andern Hause sich befinden, zu „keiner Zeit mit Dünger oder sonst mit Etwas von der Gasse zu belegt „werden müssen, was Unreinigkeit und einen übeln Geruch mit sich führt, „wie auch mit dem dabei befindlichen Privilegium auf den Weinhandel „und die Weinschenke erb- und eigenthümlich“ an den Restaurateur Hinz daselbst für die Summe von 2625 Thlr.

In dem Contracte hieß es ferner:

„Alles Vorangeführte, sowie dieses gegenwärtig in seinen Enden und „Scheidungen mit Rechten und Gerechtigkeiten, Nutzen und Beschwerden „zur Stelle vorhanden und beschaffen, sammt Allem, was darinnen erb-, „wand-, mauer-, niet- und nagelfest ist, wie solches von dem Verkäufer „und seinen Vorwesern auf's Freieste genutzet worden oder werden kön„nen, wird verkauft und überlassen.“

Außerdem enthielt der Contract noch folgende Bestimmung:

„Was die in der Scheidewand zwischen dem verkauften Hause und „und des Verkäufers anderem Hause befindlichen Thüren, welche von einem „Hause zum andern führen, wie auch, was die aus dem Weinkeller nach „der Einfahrt des andern Hauses hingehenden zwei Fenster oder Oeff„nungen mit Läden anlangt, so ist dieserwegen verabredet worden, daß „genannte Thüren und die gemeldeten Fenster, wenn es der eine oder „andere Theil in Zukunft verlanget, auf gemeinschaftliche Kosten gleich „weggenommen und die Oeffnungen zugemauert werden sollen.“

Als darauf im J. 1845 Hinz an dem Weinkeller, welcher den größern Theil des ganzen unter Nr. 344 befindlichen Kellers bildet, im Interesse seines Geschäfts verschiedene Veränderungen, insbesondere an den Fenstern und Mauern desselben hatte vornehmen lassen, klagte Peter gegen ihn auf Wiederherstellung des frühern Zustands. Als Begründung seiner Klage macht er geltend, der Beklagte habe zwar ein Recht an dem Kellerraum, dagegen seien die Mauern und das Fundament Pertinentien des Hauses, mithin in seinem, des Klägers, Eigenthum und jede Veränderung daran verletze dieses Eigenthum, gleichviel, ob es dem Hause schädlich sei oder nicht. Eventuell jedoch will er auch diese Schädlichkeit und Lästigkeit der Veränderungen als Begründung seiner Klage benutzen.

Ist durch Anführung dieser Thatsachen die Klage begründet?

Reicht das behauptete Eigenthum aus oder ist über den zweiten Klaggrund, daß dem Hause Gefahr drohe, Beweis aufzulegen?

Liegt hier eine superficies vor oder wie ist das Verhältniß zwischen P. und H. juristisch aufzufassen?

Vgl. u. A. l. 3 §. 7 D. uti possidetis (s. oben zu Nr. 77).

Würde es für den Beklagten günstiger sein, eine servitus oneris ferendi anzunehmen?

---

§. 176 — 177.

CXXX. Zwischen der fürstlich P'schen Kammer und dem Amtsrath Graf in L. ist ein Proceß anhängig über das dem Letztern in Erbpacht

gegebene Kammergut in L. Die Kammer will zunächst versuchen, das Gut als ihr Eigenthum von dem jetzigen Besitzer zu vindiciren, indem sie dessen Berufung auf das Erbpachtverhältniß durch den Einwand hofft beseitigen zu können, daß bei Abschluß des Erbpachtvertrags über den Ertrag des Guts ein ganz falscher Bericht von dem damaligen Kammerdirector erstattet worden und daher die Kammer in entschuldbarem Irrthum befindlich gewesen sei. Aus diesem Grunde sei der Vertrag nichtig gewesen. Zum Mindesten stehe der Kammer das Recht zu, um in integrum restitutio nachzusuchen. Der Beklagte beruft sich dagegen auf Ersitzung, da der gegenwärtige Zustand seit 32 Jahren bestehe.

Für den Fall, daß sie damit nicht durchdringen sollte und das Erbpachtverhältniß anerkennen müßte, will sie von ihrem Rechte der Privation Gebrauch machen, weil Graf seit 3 Jahren die Entrichtung der zu leistenden Abgabe unterlassen habe.

Der Beklagte entgegnete, er habe nicht schon seit 3 Jahren die Entrichtung der Abgabe versäumt, sondern erst seit 2 Jahren; denn im Jahre 1849 habe er die Hälfte des festgestellten Quantums geleistet, zu mehr aber sei er gar nicht verpflichtet gewesen, denn es habe ihm damals eine Feuersbrunst so großen Schaden zugefügt gehabt, daß er auf Erlaß der Hälfte Anspruch habe machen können. Jedenfalls habe er die Entrichtung der Abgabe nicht ganz versäumt. Eben wegen dieses erlittenen Nachtheils und einiger später erlittenen Unglücksfälle sei er auch außer Schuld, wenn er in den letzten beiden Jahren seiner Verpflichtung nicht habe nachkommen können, es könne ihm dies nicht als Versäumniß angerechnet werden. Ueberhaupt aber könne das Recht der Privation hier, wo es sich um ein deutsch-rechtliches Zinsgut handle, gar nicht in Anwendung kommen, denn für diese Eigenschaft sei zu präsumiren; wer die römisch-rechtliche Gestaltung behaupte, müsse sie beweisen. — Die Klägerin gesteht die vom Beklagten behaupteten Thatsachen zu, bemerkt aber dazu, eine theilweise Leistung sei so gut, wie Nichtleistung, denn das zu Leistende sei nicht geleistet. Uebrigens stehe ihr das Recht der Privation auch schon wegen zweijähriger Nichtleistung zu, wofür sie sich auf besondere mündliche Verabredung beruft. Daß aber hier römischrechtliche Grundsätze entscheiden müßten, wolle sie durch die über den Erbpachtvertrag abgefaßte Urkunde beweisen.

Kommt auf diesen Beweis Etwas an?

Kann die Kammer neben der Privation auch die rückständige Abgabe von 3 Jahren fordern? Der Beklagte bestreitet dies, weil in der Regel die Privatstrafe (und eine solche sei die Privation) den Schadensersatz mit in sich enthalte. —

CXXXa. A., B. und C. wurden als Erben ihres Großvaters D. Eigenthümer eines Landguts, von welchem dieser 20 Acker Feld und 5 Acker Wiesenland dem X. im Jahre 1805 auf 60 Jahre in Emphyteuse gegeben hatte. In der Vertragsurkunde heißt es, daß „nach Ablauf der 60 Jahre die Grundstücke an den Eigenthümer des Landguts, von

dem sie genommen, zur freien Disposition zurückfallen sollen.“ Einige Jahre blieben A., B. und C. im Miteigenthum und Mitbesitz des Landguts, dann aber kaufte A. den beiden Miterben ihre Antheile an demselben „inclusive der aus dem emphyteutischen Verhältnisse ihnen zuständigen Rechte“ ab und zahlte die Kaufgelder. Nach Ende des Jahrs 1865 trat er mit einer vindicatio gegen Z., den dermaligen Emphyteuten und Erbeserben des X. auf und bemerkte in der Klage: der Grund, weshalb er die Rückgabe der in Frage stehenden 20 Acker Feld- und 5 Acker Wiesenland beanspruche, sei einestheils der Ablauf der 60 Jahre, auf welche laut des der Klage anliegenden schriftlichen Vertrags zwischen weil. D. und dem weil. X. die Emphyteuse verabredet sei, anderntheils aber der Umstand, daß Beklagter die Grundstücke durch verkehrte Art und Weise der Behandlung nach neu erfundenen, aber weder bewährten, noch auf die fundi ihrer Natur nach anwendbaren Methoden bereits so sehr deteriorirt habe, daß viele Jahre dazu gehören und viele Unkosten aufzuwenden sein werden, um ihren früheren Zustand herzustellen, so daß Kläger mit vollem Recht in der Lage sich erachte, von der ihm für solche Fälle zustehenden Privationsbefugniß Gebrauch zu machen.

Beklagter opponirte: im Wesen der Emphyteuse, als eines von Geschlecht zu Geschlechte sich vererbenden und deshalb oft als Erbpacht bezeichneten Verhältnisses liege es, daß dieselbe auf bestimmte Jahre nicht vereinbart, folglich die Grundstücke nur bei unbeerbtem Tode des Emphyteuten zurückgefordert werden können. Daß zu einer Privation Grund vorhanden, lasse sich mit rechtlichem Beifalle nicht annehmen, denn weder habe Beklagter die Verschlechterung der Grundstücke dolose herbeigeführt, noch sei dieses vom Kläger behauptet. Allerdings seien dieselben zeitig in Folge neu erfundener Culturarten, Legung von Abzugsröhren 2c. bedeutend schlechter geworden. Dieses beruhe aber auf „Irrthum und Versehen des Bekl., der den Rathschlägen gelehrter ökonomischer Schriftsteller gefolgt sei und die Sache eben nicht besser verstanden, übrigens in optima fide gehandelt habe.“ Endlich erscheine Kläger nicht einmal zur Klage legitimirt, weil er von Anfang an nur zu $^1/_3$ Eigenthümer des Landguts und Erbe seines Großvaters geworden sei, an den anderen Drittheilen aber kein Eigenthum erworben, da in Bezug auf diese keine traditio Statt gefunden habe.

Kläger meint dagegen, daß zur Uebertragung des Alleineigenthums an ihn als bisherigen Mitbesitzer keine besondere Tradition erforderlich gewesen sei. Er giebt ferner zwar zu, daß Bekl. „aus Leichtgläubigkeit und Unverstand zu der schlechten Behandlung der Grundstücke gekommen sei, dieses genüge aber, um ihm dieselben nicht länger zu belassen.“ Der schriftliche zwischen weil. D. und X. geschlossene Vertrag sei ausdrücklich als emphyteutischer bezeichnet, auch stehe seiner Rechtsbeständigkeit die Verabredung bestimmter Jahre nicht entgegen. Sollte man aber das Gegentheil annehmen wollen, so liege eben keine Emphyteuse vor, und fehle dann dem Beklagten jeglicher Rechtstitel für ferneren Besitz und Benutzung der Grundstücke.

Viertes Kapitel. Die Servituten.

§. 178.

CXXXI. Die Gemeinden O., R., S., D., A. im Württembergischen hatten einen gemeinsamen Steg über den Neckar, auf der Flur von A., seit länger als 100 Jahren auf gemeinsame Kosten erhalten. Diese Erhaltungskosten waren in bestimmtem Verhältnisse von allen getragen und von den Vorstehern der 5 genannten Orte berechnet und repartirt worden. Dieselben waren jedoch nicht in die Gemeindekasse von A. geflossen, sondern unmittelbar an die Gläubiger gezahlt worden, auch wurden die Bauacten nicht in A., sondern in O. aufbewahrt. In Urkunden wurde der Steg nicht als Eigenthum von A., sondern als gemeinschaftliches Eigenthum der 5 genannten Gemeinden bezeichnet.

Als endlich der Steg durch den Eisgang zerstört wurde, verlangte A. die gemeinsame Herstellung desselben und demgemäß die verhältnißmäßigen Beiträge der übrigen 4 Gemeinden nnd berief sich dafür auf Erwerb eines dinglichen Rechts dieses Inhalts durch unvordenkliche Verjährung. Einstweilen verlangt sie jetzt Schutz im Quasibesitze dieses Rechts.

Die Beklagten wenden ein, es sei von ihnen bisher zur Erhaltung des Stegs nur freiwillig beigetragen worden, so lange sie ein Interesse an dessen Erhaltung gehabt. Dies sei so lange der Fall gewesen, als sie zum Weidgang jenseits des Neckars berechtigt gewesen. Dieses Recht hätten sie jetzt verloren und damit sei für sie alles Interesse an dem Bestehen des Stegs hinweggefallen.

1) Kann das von A. beanspruchte Recht als Servitut oder als ein analoges dingliches Recht anerkannt werden?

2) Ist an diesem Rechte ein Quasibesitz denkbar?

3) Würde es Etwas ändern, wenn die Gemeinde A. die Herstellung verweigert hätte und von den übrigen 4 Gemeinden verklagt würde?

CXXXII. Dem Gute Neuenborn steht auf der Flur der benachbarten Gemeinde Ziegelrode das Recht der Schaftrift zu und dieses ist bisher mit 1800 bis 2000 Schafen ausgeübt worden, obgleich das Gut wohl 2500 hätte überwintern können. Dieses Gut, das bisher von den beiden Vettern Eduard und Adolph von Kronstein gemeinschaftlich besessen wurde, ist kürzlich zwischen ihnen so getheilt worden, daß jeder eines der beiden neben einander stehenden Gutshäuser und die diesem zunächst liegenden Ländereien — so daß die Grenzlinie der beiden Häuser auch die der Ländereien ist — als sein alleiniges Eigenthum hat.

Kurz darauf hat auch die Gemeinde Ziegelrode zwei mit der Schaftrift belastete Grundstücke in einem Vergleiche mit den beiden benachbarten Gutsbesitzern, den Herrn von Bernstein und von Adelstern, an diese abgetreten.

Zwischen diesen und den Herrn von Kronstein bricht jetzt Streit aus über das Recht und den Umfang der Schaftriftbefugniß. Es treibt

nämlich sowohl Eduard, als Adolph von Kronstein eine Heerde von 1400 Schafen sowohl auf Bernstein's als auf Adelstern's Grundstück. Diese protestiren, indem sie verlangen, die Herren von Kronstein dürften nach wie vor nur höchstens 2000 Schafe zusammen in einer Heerde treiben. Denn wegen Untheilbarkeit der Servituten müsse das Triftrecht und das herrschende Gut selbst in dieser Beziehung als noch ungetheilt angesehen werden. Außerdem müßte man die Servitut für untergegangen erklären, denn sobald man das herrschende Grundstück für nicht mehr in seiner früheren Gestalt fortbestehend ansehe, so läugne man damit, daß diese selbst fortbestehe.

Die Herren von Kronstein ihrerseits machen geltend, daß jeder von ihnen 1400 Stück überwintern könne und daß, indem aus dem frühern Gute zwei neue selbstständige, von einander unabhängige geworden, es bloß darauf ankomme, daß eine Servitut, welche dem ganzen Gute zustehe, auch jedem Theile desselben anhafte. Stehe somit ihren Gütern das Recht zu, so beantworte sich dann die Frage nach dem Umfange desselben nach den gewöhnlichen Grundsätzen, hier nach der Zahl der zu überwinternden Schafe. Jedenfalls müsse jedem von ihnen die Zahl von 1250 Stück zugesprochen werden, denn das ganze Gut habe bisher wenigstens 2500 Stück überwintern können. Also habe das Recht in diesem Umfange zugestanden. Daß es nicht in voller Ausdehnung geübt worden, sei gleichgültig.

Nachdem auf diese Weise einmal Streit zwischen den Gutsbesitzern ausgebrochen war, gesellte sich bald noch ein anderer dazu. Die beiden Güter Bernstein's und Adelstern's waren früher ein einziges Gut gewesen und diesem stand das Recht zu, über das Gut Neuenborn zu gehen und zu reiten, ohne daß ein bestimmter Weg vorgezeichnet war. Man hatte sich jedoch schon seit mehr als 20 Jahren immer des vom Eigenthümer des dienenden Grundstücks hergerichteten Wegs bedient. Adelstern hatte sich seines Rechts schon seit 11 Jahren nicht mehr bedient. Jener hergerichtete Weg befindet sich jetzt auf dem Antheile Eduard's von Kronstein. Da nun aber auch Adolph von K. auf seiner Parzelle einen Weg angelegt hat, so benutzt Bernstein jetzt auch diesen hin und wieder, ja auch Adelstern fängt jetzt an, sein Recht wieder in Ausübung zu bringen. Die von Kronstein bestreiten ihm dies, weil er das Recht durch Nichtgebrauch verloren habe, wogegen er bemerkt, dieser Nichtgebrauch schade ihm Nichts, da auf Seite der Gegner die usucapio libertatis fehle; ferner liege auch gar kein Nichtgebrauch vor, denn die Ausübung von Seiten Bernstein's komme ihm auch zu Gute; denn, wie es bei

v. Vangerow, Leitfaden §. 340 Anm. d) heiße:

„Da bei einer Realservitut das Grundstück selbst, nicht aber „der Eigenthümer als das Subject erscheint, durch eine Theilung „des Grundstücks aber (einerlei ob nach reellen oder ideellen „Theilen) nicht das Grundstück selbst, sondern nur das Eigenthums„recht daran eine Veränderung leidet, so bleibt in einem solchen Falle

„die früher constituirte **Realservitut offenbar ganz unver-**
„**ändert.**"

In Bezug auf Servituten sei das Grundstück noch ungetheilt und in dieser Beziehung er und Bernstein noch wie Miteigenthümer zu behandeln. Bekanntlich nütze aber die Ausübung von Seiten des **einen** Miteigenthümers auch den **andern**:

l. 5. 6 pr. D. quemadm. serv. am. (8. 6):

Servitus et per *socium* et fructuarium et bonae fidei possessorem nobis *retinetur; nam satis est, fundi nomine itum esse.*

Außerdem protestirt Adolph von Kronstein auch gegen die ungebührliche Ausdehnung des Rechts von Seiten Bernstein's, indem derselbe nicht bloß den Weg auf Eduard's von K., sondern auch seinen (Adolph's) neu hergerichteten Weg benutzte, auf welchen er doch in keiner Weise irgend einen Anspruch erheben könne, denn derselbe habe früher nicht existirt und wenn auch das Recht ursprünglich ganz unbestimmt bestellt worden, so sei es doch jedenfalls durch Verjährung auf die bestimmte Richtung des gangbaren Wegs beschränkt worden.

Es sollen alle Fragen, auf welche es dabei ankommmt, aufgesucht und beantwortet werden in Verbindung mit einer genauen Interpretation von

l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. amitt. (8. 6) (Celsus):

Si ego via, quae nobis per vicini fundum debebatur, usus fuero, tu autem constituto tempore cessaveris, an jus tuum amiseris? Et e contrario, si vicinus, cui via per nostrum fundum debebatur, per meam partem ierit egerit, tuam partem ingressus non fuerit, an partem tuam liberaverit? Celsus respondit: Si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit et sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit, nec amplius in ea re causae eorum (fundorum) miscentur, nec fit ulla injuria ei, cujus fundus servit, imo si quo melior: quoniam alter dominorum utendo sibi, non toti fundo, proficit. Sed si is fundus, qui servierit, ita divisus est, plusculum dubitationis ea res habet. Nam si certus ac finitus viae locus est, tunc si per *longitudinem* ejus fundus divisus est, eadem omnia servanda erunt, quae si initio constituendae ejus servitutis similiter hic duo fundi fuissent. Si vero per *latitudinem* viae fundus divisus (est), nec multum refert, aequaliter id factum est, an inaequaliter, tunc manet idem jus servitutis, quod fundo indiviso fuerat; — nec aut usu detineri aut non usu deperire, nisi tota via, poterit; nec si forte inciderit, ut semita, quae per alterum duntaxat fundum erit, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur, quoniam unum atque eo modo individuum viae jus est. Possunt tamen alterutrum fundum liberare, si modo hoc specialiter convenit. Certe si is, cui servitus debebatur, alterum ex ea divisione fundum redemerit, num ideo minus ea re fundi alterius servitus permanebit? Nec video, quid absurde consecuturum sit eam sententiam, fundo altero manente

servo, si modo et ab initio potuit angustior constitui via, quam lege finita est, et adhuc id loci superest in eo fundo, cui remissa servitus non est, ut sufficiat viae. Quodsi minus loci superest, quam viae sufficiat, uterque fundus liberabitur, alter propter redemtionem, alter, quia per eum locum, qui superest, via constitui non potest. Ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quamlibet partem fundi iri agere liceat, idque vel subinde mutare (nihil prohibet), atque ita divisus est fundus, si per quamlibet ejus partem aeque iri atque agi possit; tunc perinde observabimus, atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. Nec me fallit, alieno facto jus alterius immutatum iri, quoniam ante satius fuerat, per alteram partem ire agere, ut idem jus ei in altera parte fundi retineretur. Contra illud commodum accessisse ei, cui via debebatur, quod per duas pariter vias ire agere possit, bisque pedes octonos in porrectum et senos denos in anfractum.

l. 25 D. de Serv. praed. rust. (8. 3) (Pomponius):

Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur, neque ibi aut bonitatis aut usus ejus aquae ratio habenda est, ita ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur; sed *pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquae divisio.*

l. 23 §. 3 D eod. s. unten bei CXXXIX.

S. a. u. CXLIX.

CXXXIII. Ueber die sogenannte Breite, einen der Stadtgemeinde R. gehörigen Wasen, führt ein Weg, der bisher von allen Einwohnern R's, insbesondere aber von den benachbarten Gutsbesitzern A., B. und C., die zugleich Bürger von R. sind, benutzt worden ist, welchen letztern der Weg zur Ueberfahrt nach ihren Gütern unentbehrlich ist. Im Jahre 1847 wird jedoch der Platz mit Bäumen bepflanzt und nunmehr das Befahren desselben vom Stadtrath verboten. Auf die deshalb von den erwähnten Gutsbesitzern erhobene Beschwerde gibt ihnen der Stadtrath zum Bescheid, eine Servitut könnten sie an dem Platze nicht beanspruchen, weil es ein der Gemeinde R. gehöriges Grundstück sei und die Mitglieder derselben als Miteigenthümer kein dingliches Recht daran erwerben könnten. Daß sie das Recht bisher ausgeübt hätten, sei gleichgültig, schon deshalb, weil darin nur die Ausübung des allgemeinen Benutzungsrechts aller Mitglieder gelegen habe, kein besonderes Recht. Uebrigens werde ihnen hiermit ein anderer Weg (der in dem Bescheide näher bezeichnet) zur Ueberfahrt eingeräumt. Der Advocat, den die Gutsbesitzer zu Rathe ziehen, wendet sich an uns mit der Bitte um ein Gutachten. Er habe, schreibt er, Hoffnung, die Servitut noch auf andre Weise als durch Ersitzung beweisen zu können. Der zweifelhafte Punkt scheine ihm daher nur darin zu liegen, ob das Miteigenthum an einem Grundstücke den

Erwerb von Servituten daran hindre. Das Römische Recht scheine sich hinsichtlich dieser Frage zu widersprechen. Es sei nämlich einerseits bestimmt in

l. 6 §. 3 D. comm. praed. (8. 4.):

Si tamen alterae unius propriae sint aedes, alterae communes, neutris servitutem vel acquirere, vel imponere me posse, Pomponius lib. VIII. ex Sabino scripsit;

das Gegentheil aber in

l. 27 D. de serv. pr. rust. (8. 3.):

At si proprio meo (fundo) et proprio tuo idem serviat, manebit servitus, *quia proprio fundo per communem servitus deberi potest.*

Wie ist darauf zu antworten? —

---

§. 179. 180.

CXXXIV. Die Wittwe P. verkaufte an den Handelsmann O. zwei ihr gehörende an einander stoßende Häuser, wobei sie sich jedoch für die Zeit ihres Lebens die Wohnung in zwei Etagen des einen Hauses und den Durchgang durch das andre vorbehielt. In Folge dieses Vertrags ging das Eigenthum „mit den im Vertrage festgesetzten Beschränkungen" auf O. über, welcher einige Jahre später die beiden Häuser an D. verpfändete, der durch Geltendmachen seines Pfandrechts den Verkauf derselben herbeiführte und beide Häuser gelangten auf diese Weise in das Eigenthum des Kaufmanns W e r n e r. —

Dieser vermiethete einen großen Theil der Häuser und zwar auch die eine der beiden vorbehaltenen Etagen, welche die P. seit zwölf Jahren ganz leer und unbenutzt hatte stehen lassen, wovon die Letztre, da sie längere Zeit abwesend war, erst bei ihrer Rückkehr, nachdem der Miether bereits eingezogen, erfuhr.

Die P. bittet um ein Gutachten, 1) ob sie deshalb die gerichtliche Hülfe in Anspruch nehmen könne und müsse,

2) mit welcher Klage und

3) an wen sie sich zu halten habe, an den Miethsmann, oder an Werner? — Ueberdies beklagt sie sich, daß W. jetzt die eine aus dem Durchgang führende Thür auch am Tage fortwährend verschlossen halte, was für sie, obgleich sie einen Schlüssel dazu besitze, doch höchst lästig und beschwerlich sei. Auch lasse W. einen großen Haushund frei und ungehindert in dem Durchgange sich aufhalten, der ihr sehr abgeneigt scheine und ihr schon zuweilen den Weg versperrt habe. Auch dessen Entfernung wünscht sie durchzusetzen.

Auf welche Punkte kömmt es mit Rücksicht auf etwaige Einwände des Gegners bei diesem Gutachten an und wohin würde dasselbe zu ertheilen sein? —

---

§. 181. 182.

CXXXV. Ein Papiermüller hatte seiner Ehefrau den Nießbrauch seiner Papiermühle vermacht. Auf dieser Mühle hafteten noch die Kaufgelder und es war in dem Kaufcontracte stipulirt, daß davon jährlich 100 Thaler abgetragen werden sollten. Die Frage, ob die Wittwe die Verzinsung und die jährliche Abtragung jenes Kaufgeldes übernehmen müßte, wurde durch gerichtliches Erkenntniß bejahend entschieden. Gegen dieses Erkenntniß legte die Wittwe ein Rechtsmittel ein und bat, sie von der Verpflichtung, das fragliche onus zu tragen, ganz zu befreien oder das Erkenntniß dahin zu modificiren, daß ihr vorbehalten werde, Alles, was sie an dem Kaufgelde abgetragen und abtragen werde, bei Endigung ihres Nießbrauchs den Kindern erster Ehe, als Eigenthümern der Papiermühle, in Abzug bringen oder ersetzt verlangen zu dürfen. Kann sie dies beanspruchen?

CXXXVI. Der Commerzienrath S. in Z. hatte in seinem Testamente seinen Bruder, den Kaufmann S., zum alleinigen Erben eingesetzt, dabei aber seiner Schwester, der verwittweten Frau Lehmann den Nießbrauch seines Wohnhauses in Z. auf Lebenszeit vermacht. Der Kaufmann S. hatte nach dem Tode seines Bruders dessen Erbschaft angetreten und den Besitz des Hauses seiner Schwester, der L., eingeräumt. Funfzehn Jahre später brennt das Haus bei einem in Z. ausgebrochenen Feuer bis auf den Grund nieder.

Der Erbe S. empfing darauf die Brandkassengelder ausgezahlt, aus welchen nach dem in Z. bestehenden Rechte das abgebrannte Haus wieder aufgebaut werden muß. Nachdem dieser Aufbau vollendet war, verlangte die Lehmann, daß ihr der Nießbrauch der Hauses wieder eingeräumt werde. Die jährliche Assecuranzprämie hatte stets die L. gezahlt.

Der Erbe weigert sich, indem er sich auf folgende Thatsachen beruft. Die Lehmann hatte während der letzten 11 Jahre vor dem Brande ihren Sohn X. in dem Hause unentgeltlich wohnen lassen, während sie selbst sich in einer entfernten Stadt, M., aufgehalten. Nachdem der Sohn 1 Jahr darin gewohnt, hatte er es an einen Gastwirth W. vermiethet, wodurch das Haus sehr gelitten hatte. Auch waren in dieser Zeit verschiedene Fenster in die Wände gebrochen und eingesetzt worden. Der Erbe behauptet, daß die L. den Nießbrauch 1) durch non usus, 2) durch Mißbrauch, 3) jedenfalls aber durch Untergang der dienenden Sache verloren habe.

Die L. und ihr Sohn bitten um ein Gutachten, ob sie mit einer Klage durchdringen würden. Der Erbe hat von dem neugebauten Hause das Miteigenthum zur Hälfte an Schmidt veräußert.

Ein Jahr vor dem Brande hatte der Sohn der Lehmann das Haus an den Gastwirth W. von Neuem auf 5 Jahre vermiethet. Er wünscht zu wissen, wie er mit dem Letztern aus einander komme, wenn der Nießbrauch verloren sei oder wenn das jetzige Haus in seiner neuen verän-

derten Einrichtung dem W. nicht mehr zusage und derselbe die Fortsetzung der Miethe weigere? — Würde in dem vorstehenden Falle die Entscheidung eine andre sein, wenn der L. der usus fructus omnium bonorum von G. vermacht gewesen wäre? —

CXXXVII. In dem Testamente des 1839 verstorbenen Kammerherrn von Hohlstein war u. A. seinem Vetter, Carl v. H., außer dem Nießbrauche an drei Gärten auch die vierspännige Equipage des Verstorbenen und eine Sammlung von Goldmünzen, im Werthe von 3000 Thalern vermacht; doch sollte an den erstern die Nichte des Testators, die verwittwete Frau von Eschen, an der letztern sein Schwager, der Rittergutsbesitzer von Binder, den lebenslänglichen Nießbrauch haben. Dem letztern überließ die Frau von Eschen schon im J. 1840 die Equipage gegen die ihr von Jenem eingeräumte Benutzung eines Gartens.

Zwischen Carl von H. und dem Herrn von Binder erhob sich später ein Streit über einen der Gärten, an welchem dem erstern der Nießbrauch vermacht war, indem Binder sich das Eigenthum daran zuschrieb. In Folge davon trug es sich zu, daß im Jahre 1851, als Carl von H. das Obst in diesem Garten durch den Tagelöhner Erdmann abnehmen ließ, der Sohn und Universalerbe des kurz vorher verstorbenen Herrn von B., Ernst von B., den von ihm ohnehin abhängigen Erdmann durch Geld und Drohung bewog, das Obst für ihn abzunehmen und zu ihm zu schaffen. Nachdem dies geschehen, tritt jetzt Carl v. H. gegen Ernst von B. auf mit der Vindication des ihm widerrechtlich entzogenen Obstes. Gegen den Einwand des Beklagten, daß der größere Theil des Obstes schon in der Absicht, es zu ihm zu schaffen, gepflückt sei, bemerkt der Kläger, er wolle sich für den Fall, daß dies bewiesen würde, als bonae fidei possessor des fraglichen Gartens betrachtet wissen.

Außerdem verlangt C. v. H. von Ernst v. B. in zwei andern zugleich eingereichten Klagen

1) die vierspännige Equipage; denn der Nießbrauch daran sei von der Frau von Eschen auf den verstorbenen Herrn von Binder übertragen worden und mit dessen Tode erloschen. Wollte man etwa diese Uebertragung als unzulässig betrachten, so wäre die Frau von Eschen noch Nießbräucherin geblieben, habe aber ihr Recht jetzt durch zehnjährigen non usus verloren. Der Beklagte bestreitet diese Argumentation und führt noch an, das eine der vier Pferde, aus denen ursprünglich das Viergespann bestanden, sei gestorben und von ihm durch ein anderes ersetzt worden, auf dieses habe mithin Kläger keinenfalls Anspruch. Der Gegner jedoch gibt auch dies nicht zu, sondern behauptet, wenn er ein Recht auf das Viergespann als universitas juris habe, so könne er auch das darunter begriffene fremde Pferd vindiciren. Werde aber dies bestritten, so sei dann noch ein Grund mehr vorhanden, den usus fructus als beendigt anzusehen, weil dessen Gegenstand, das Viergespann, nicht mehr existire.

l. 10 §. 8 D. quib. mod. ususfr. v. us. amitt. (7. 4) (Ulp.):

Quadrigae usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus, quaeritur. Ego puto, multum interesse, *equorum* an *quadrigae* ususfructus sit legatus. Nam si *equorum*, *supererit* in residuis; si *quadrigae*, *non remanebit*, quoniam quadriga esse desiit.

2) Endlich vindicirt C. v. H. auch die ihm vermachte Münzsammlung. Der Beklagte schützt vor, dieselbe sei bei einem Brande im J. 1847 verloren gegangen; der Kläger aber meint, er müsse sie ersetzt bekommen, weil das Recht des v. Binder ein quasi usufructus gewesen sei.

Es sind folgende Fragen zu beantworten:

1) Kann C. v. H. das Obst vindiciren? Muß er beweisen, daß es für ihn gepflückt worden, oder daß er in bona fide gewesen hinsichtlich des ihm am Garten zustehenden Nießbrauchs, oder muß der Beklagte beweisen, daß das Obst für ihn abgenommen worden?

2) Kann Kläger das Viergespann verlangen? Was ist über die für Aufhebung des Nießbrauchs vorgebrachten Gründe zu sagen?

Vgl. l. 38—40 D. de usufr. (7. 1).

3) Welches Recht hatte v. B. an der Münzsammlung?

CXXXVIII. Der Professor Schöpff zu Tübingen errichtete im J. 1759 einen letzten Willen, worin er ein Schöpffisches und Mögling'sches Familienstipendium gründete und welcher folgendergestalt lautete:

„Was mein mehrstes sauer und mühsam erworbenes und erspartes „Vermögen anbelangt, so habe ich keine Notherben und nicht einmal Ge„schwistrigte annoch im Leben, daher verordne ich:

I. „aus freiem Willen hiermit ein sogenanntes Schöpffisches „Familienstipendium und setze meine Schöpffische Familie zu meinen „Universalerben ein also und dergestalt, daß dasselbe gleich anfangs auf „10000 Gulden Rheinisch zu setzen und wenn noch weiter an meinem „Vermögen nach abgezahlten Schulden und andern dergleichen Beschwer„den und nöthigen Ausgaben was übrig sein und bleiben dürfte, so soll „es auch dazu geschlagen werden und mein übrig bleibendes ganzes Ver„mögen diesem Schöpffischen stipendio gänzlich und völlig zustehen, so daß „das Stipendium immer vermehrt und niemalen unter der Summe von „10000 Fl. gelassen werden soll.

II. „Zu Genießung dieses Stipendii ernenne ich meiner vier ver„storbenen Geschwister Kinder, Kindes-Kinder und Nachkommen in infini„tum, in welchem Grad sie auch sein mögen und zwar

III. „vorzüglich den Schöpffischen Manns-Stamm und deren männ„liche Descendenten in infinitum, indem der Schöpffische Mannstamm alle„zeit den Vorzug haben und behalten soll, wenn gleich nähere vom weib„lichen Geschlecht vorhanden sein sollten.

IV. „Wenn aber keine männlichen Schöpffen von meinen zwei Bruders„Söhnen vorhanden sein sollten, so sollen alsdann meiner vier Schwestern

„Kinder und Kindeskinder zum Genuß dieses stipendii zugelassen wer-„den. —

V. „In dem Schöpffischen stipendio sollen keine andern Candidaten „zugelassen werden, als welche evangelischer Religion und zum Studiren „tüchtig nnd geschickt, gegen 18 Jahre alt und auf Universitäten, da ich „auch Tübingen recommandire, sich wirklich befinden und eine Facultät „antreten können.

VI. „Wenn unter den Candidaten einige Jura studiren wollen, so „sollen sie vor Andern einen Vorzug und auch 50 und mehr Gulden „nach Kräften des stipendii weiter zu genießen haben.

VII. „Es sollen auch nicht mehr, als zwei oder höchstens drei Sti-„pendiaten zugleich in dem Genuß dieses stipendii stehen und hierinnen „concursu plurium auf die Proximität des fundatoris und die von leib-„lichen Geschwistrigten herstammenden Descendenten vornehmlich mit ge-„sehen werden.

VIII. „Ein Candidat dieses stipendii sollte etwan 150 oder 200 Fl. „Rheinisch oder, wenn drei wären, weniger, jährlich zu Fortsetzung „seiner Studien erhalten und 3 oder 4 Jahre lang es zu gaudiren haben, „Alles aber wohl anlegen und anwenden."

Die Oberaufsicht über die Verwaltung dieses stipendii, wozu ein Administrator aus der Familie ernannt werden sollte, wurde dem Magistrat der Stadt Schweinfurt aufgetragen (IX. X).

Ueber das Mögling'sche Stipendium war verordnet:

XI. „Meine andere Stiftung und Stipendium soll den Namen füh-„ren: Möglingisch-Schöpffisches Stipendium und die Summe „von 5000 Gulden Rheinisch in sich halten, welche 5000 Fl. ich meinen „bei meiner Verheirathung mit der verwittweten Frau Sophia Mögling „in der Ehe mir zugebrachten drei Kinder und deren Nachkommenschaft „zum Zeugnisse meiner Vorsorge hiermit legire und vermache.

XII. „Jedoch wieder dergestalt und also, daß der Mögling'sche „Mannsstamm darin den Vorzug haben und wenn ein Mögling Jura stu-„dirt, ihm wohl 150 Fl. bis 200 Fl. Rh. abgereicht werden können, da „indessen die weibliche Descendenz zurück und in Ruhe stehen kann.

XIII. „Bei meinen beiden Stipendien ist das Augenmerk beständig „dahin zu nehmen, daß der Fundus von 10000 Fl. und resp. 5000 Fl. „und das Einkommen der Stipendien nicht geschwächt, sondern vielmehr „mit der Zeit erhöhet und vermehret werden möge, wenn etwa die sti-„pendia ledig und unbesetzt sein werden. Daher auch, wenn die Zins-„abreichung dieser Stipendien nicht zureichen sollte, bis auf bessere Zeiten „nach Proportion abzusteigen und pro rata innen zu halten und still zu „stehen; damit der Fundus nicht angegriffen noch geschwächt werde."

Als in der Folge der zu dem Schöpffischen Stipendium bestimmte Fond sich ansehnlich vermehrt hatte, so daß jährlich 800 Fl. auf das Stipendium verwendet werden konnten, meldeten sich die Mitglieder der weiblichen Linie und wollten eine jährlich zu erhebende Summe unter sich theilen. Dies wurde ihnen aber von dem Administrator und Collator, dem Canzelisten Schöpff verweigert, weil seinem Sohne, da er von der

männlichen Linie sei, der Vorzug und somit die ganzen 800 Fl. als jährliches Stipendium zukommen müßten. Es stehe demselben ein Nießbrauch an dem Capital des Stipendiums für die Zeit des Universitätsbesuchs zu, in welchem er nur durch Descendenten der männlichen Linie, nicht von weiblicher Descendenz beschränkt werden könne. —

Sind die drei Bewerber aus dem angeführten Grunde mit Recht abgewiesen? —

CXXXVIIIa. Die ledige, 70 Jahre alte Barbara S. in C. schenkte ihr ganzes Vermögen und damit ein ihr gehöriges in C. belegenes Bauerngut ihrem Neffen, dem Johann K., welcher ihr bis dahin 7 Jahre lang die Wirthschaft geführt und nebst seiner Ehefrau in ihrer Wohnung und an ihrem Tische in Frieden und Einigkeit gelebt hatte. In der den einschlagenden Particulargesetzen gemäß dem Gerichte zur Bestätigung überreichten und darauf gerichtlich confirmirten Schenkungsurkunde heißt es wörtlich:

1. „Schenknehmer verpflichtet sich, die Schenkgeberin lebenslänglich zu warten, zu pflegen, in kranken Tagen mit ärztlicher Hülfe und Arzneien zu versehen und nach ihrem Ableben standesgemäß beerdigen zu lassen.
2. Schenkgeberin behält sich auch den lebenslänglichen Gebrauch und die Nutzung ihres Bauerngutes nebst allen dazu gehörigen Grundstücken vor.
3. Der Schenknehmer hat der Schenkerin die zur Nutznießung vorbehaltenen Grundstücke für sie zu düngen, zu besäen, die Früchte einzuernten und ihr zu ihrem Unterhalte zu verabreichen."

Bei Gelegenheit der behuf der gerichtlichen Confirmation dieses Vertrags gepflogenen Verhandlungen, erklärte sodann die Schenkgeberin noch ausdrücklich zu Protokoll: „ich habe zu meinem Neffen, der mir nun schon seit 7 Jahren zu meiner Zufriedenheit die Wirthschaft geführt und mit mir zusammengelebt hat, das Zutrauen, daß er auch fernerhin mit mir einig und zufrieden leben werde; ist dieses der Fall, so lebe ich ferner mit ihm am ungesonderten Tische, und dafür wird ihm die Nutznießung der Grundstücke zukommen, ich behalte mir aber vor, dieses jederzeit nach meinem Gefallen zu ändern und wieder in die Nutznießung einzutreten."

Der Schenknehmer hat diese ebenfalls gerichtlich bestätigte Erklärung acceptirt und sind ihm auch sämmtliche geschenkten Objecte tradirt worden. Als er aber bald darauf verstarb, verlangte die Schenkgeberin Aufhebung des bisherigen Verhältnisses und stellte gegen seine Erben, nämlich seine nachgelassene Wittwe und den für seinen minderjährigen Sohn bestellten Vormund Gottlieb W. in C., eine Klage an, in welcher sie die vorstehenden Thatsachen anführte und außerdem hervorhob: sie habe zu der Wittwe K., „welche theils als Erbin ihres Ehemannes, theils als Nutznießerin des Vermögens ihres Sohnes die sämmtlichen Immobilien in Besitz genommen habe und sie noch jetzt für sich und ihren Sohn

nutze, nicht das Zutrauen, um bei ihr wohnen und mit ihr zusammenleben zu können, und verlange daher, daß statt des bisherigen das ursprünglich vereinbarte Verhältniß eintrete. Da ihr von den Beklagten hierin Widerspruch und Weigerung entgegengesetzt werde, so bitte sie, daß ihr Nießbrauchsrecht an den in der Klage speciell angegebenen Grundstücken anerkannt und die Beklagten schuldig erklärt werden, ihr demgemäß binnen 14 Tagen den Besitz und die Nutznießung der Grundstücke abzutreten und einzuräumen, auch die Proceßkosten zu tragen." Sie wolle von nun an entweder die Bewirthschaftung der Grundstücke selbst vornehmen, oder durch dritte Personen ausführen, behalte sich jedoch vor, nach Gefallen wieder dasselbe Verhältniß, wie es zu des verstorbenen K. Zeiten Statt gehabt, eintreten zu lassen."

Beklagte opponirten:

1) Da die Wittwe K. nach Klägers eigenem Anführen im alleinigen Besitze der fraglichen Grundstücke sei, so habe auch nur gegen sie allein Klage erhoben werden können, der mitverklagte Vormund ihrer Kinder sei daher jedenfalls von derselben zu entbinden. Hierdurch werde aber auch „die Klage gegen die Mitverklagte unhaltbar, weil das Recht, um welches es sich handle, ein untheilbares, gleichwohl die Wittwe K. nur auf Anerkennung desselben zu einem Theile klageweise in Anspruch genommen sei."

2) In der Hauptsache mangle der Klage jegliche rechtliche Basis. Es handle sich um ein Verhältniß, welches aus einem zweiseitigen für beide Theile Rechte und Pflichten begründenden Vertrage entstanden sei. Klägerin habe selbst erklärt, ihrem weiland Neffen die Ausübung ihres Nießbrauchs überlassen zu wollen, wenn er mit ihr einig und zufrieden lebe. Das sei wirklich der Fall gewesen, und Klägerin könne nicht die Aenderung des bestehenden Verhältnisses den Erben gegenüber unter dem bloßen Vorgeben des Mißtrauens prätendiren, und zwar um so weniger, als sie in Aussicht gestellt habe, daß sie in der Folge eine abermalige Aenderung verlangen werde, wodurch den Beklagten der größte Schaden erwachsen müsse. Es sei doch wohl klar, daß denselben nicht angesonnen werden könne, die jetzt mit Mühe und Kosten in guten Stand gesetzten und mit zur Ernte reifen Früchten bestandenen Grundstücke aus der Hand zu lassen, und sie demnächst abgeerndtet, ausgesogen und vielleicht von den jetzt darauf stehenden Frucht- und anderen Bäumen entblößt wieder zu empfangen, ja! dann sie wieder in Stand zu setzen, und nochmals und wiederholt sie aus Besitze und Cultur zu verlieren. Wenn der Klägerin gestattet werde, die Ländereien solchen Personen anzuvertrauen, die kein bleibendes oder vielleicht gar kein Interesse an deren nachhaltig gutem Zustande haben, könne eine Deterioration unmöglich ausbleiben. Die nachträgliche, zu Protokoll gegebene Erklärung, nach welcher der Schenknehmer (jetzt dessen Erben) die Grundstücke zu bestellen und die Einerndtung der Früchte vorzunehmen habe, lege ihm nicht blos eine Pflicht auf, sondern gebe ihm gezeigtermaßen auch Vortheile, die nicht beliebig entzogen werden können. Um den Schenkungsvertrag in seinem ganzen Umfange richtig zu verstehen, dürfe man nicht übersehen, daß die

Bestimmungen sub 1 und 3 zusammengehören und einander ergänzen. „Nach der ersten solle der Schenknehmer die Schenkerin ernähren, warten und pflegen, nach der Dritten die Grundstücke bewirthschaften und der Schenkerin die Früchte zu ihrem Unterhalte verabreichen, also durch diese in den Stand gesetzt werden, seiner Alimentationspflicht nachzukommen. Habe nun Schenkerin sub 2 des Vertrags sich den Nießbrauch der Grundstücke vorbehalten, so sei diese Bestimmung offenbar von beiden Theilen dahin verstanden, daß die zu erndtenden Früchte zum Unterhalte der Schenkerin verwendet werden sollen. Dieses bilde nämlich eine Art der Benutzung der Grundstücke und die einzige, welche mit der Vertragsbestimmung in 1 und 3 in Einklang stehe. Eine andere Art der Benutzung habe sich Klägerin nicht vorbehalten, namentlich nicht eigenen Besitz und Aberndtung, sie könne daher jetzt nicht auf Herausgabe der Grundstücke selbst, sondern nur auf Verabreichung der von den Bekl. einzubringenden Erndte klagen und da sie solches nicht gethan, so sei ihre Klage völlig unbegründet."

Wie ist zu entscheiden?

---

§. 183.

CXXXIX. Der Dr. Kürschner nimmt die Benutzung eines Fußpfads, die ihm für seinen Garten zusteht, auch für das in demselben errichtete Wohnhaus in Anspruch, was ihm jedoch verweigert wird. Er beruft sich für seine Behauptung darauf, daß

1) es sich weder von Errichtung einer neuen Servitut, noch von Veränderung oder Ausdehnung einer bestehenden handle, sondern nur von der rechtmäßigen Benutzung der Servitut in ihrer bisherigen Gestalt; denn

2) diese Servitut stehe allen Theilen seines Gartens zu.

l. 23 §. 3 de serv. pr. rust. (8. 3).

Quaecunque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur, et ideo, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur, (et) ita, ut singuli recte agant, jus sibi esse fundi. Si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi jure habeant, aut si proximi patiantur, transeant.

Folglich stehe die Servitut auch der area seines Wohnhauses und also auch der superficies, dem Hause, als Accession derselben zu.

3) Auch von einer Ausdehnung sei nicht die Rede, weil die servitus itineris für „den Garten" ganz unbestimmt bestellt, keineswegs auf einen bestimmten Zweck beschränkt sei. Dem Beklagten könne es ja auch ganz einerlei sein, was Kläger nach vollbrachtem Gange thun, ob er den Gang bis zu oder bis in sein Wohnhaus fortsetzen wolle.

l. 1 §. 16 de aq. quot. etc. (43. 20):

Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur,

ejusdem numero esse. Ergo et si forte actor confinem agrum emerit et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti nomine velit aquam ducere, ita demum eum recte hoc interdicto ut de itinere actuque uti putant, ut *semel in suum ingressus*, *inde egredi*, *qua velit*, *possit*, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

Ueberdies würden jetzt viele zeitraubende Gänge erspart, die nöthig gewesen, so lange Kläger noch in der Stadt gewohnt habe, also trete eher Erleichterung als Belästigung für das Grundstück des Beklagten ein.

Dieser letzteren Behauptung wird vom Beklagten entgegengehalten, daß statt der ersparten Gänge nunmehr sich viele Gänge theils wegen der Bedürfnisse aus der Stadt, theils wegen Geschäftsverkehrs nöthig machten. Auch werde nun der Weg von allen denen benutzt, welche den Kläger besuchen wollten, und, mit einem Worte, es werde dadurch der Weg für das gesammte Publicum beansprucht. Namentlich aber werde er nun auch zur Winterszeit gebraucht für Besuche, bisher sei er immer nur im Sommer benutzt worden.

CXL. B. klagt negatorisch gegen A., weil dieser ein ihm zustehendes Durchfahrtsrecht durch den Hof des Klägers auch für seine neuerbaute Papiermühle und für seinen neueröffneten Steinbruch ausübe.

Der Beklagte beruft sich dagegen auf ein Wegebuch von 1732, worin seinem Gute das Durchfahrtsrecht ohne alle Beschränkung eingeräumt ist. Kläger müsse eine besondere Beschränkung beweisen. Der Steinbruch sei ein Erzeugniß seines Guts, was also für diesen geschehe, geschehe für das Gut selbst, die Papiermühle aber sei pars praedii dominantis und es sei bekannten Rechtens: quaecunque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur.

Muß der Kläger nicht eine besondere B e s c h ä d i g u n g nachweisen?

l. 1 §. 16 cit. s. fin. „nisi ei *nocitum sit*, ex quo etc."

CXLa. A. und B. sind Eigenthümer zweier an einander stoßender Aecker, an denen sich ein Weg hinzieht, der dem A. gehört, von B. kraft Servitutrechts aber zum Gehen und Fahren benutzt werden darf, um auf sein Grundstück und von demselben zurückzugelangen. Da auch Andere (Nichtberechtigte) den Weg begingen und befuhren, legte der Eigenthümer einen denselben völlig versperrenden, mit einem Schlosse versehenen Schlagbaum an derjenigen Stelle an, wo sein Grundstück an das des B. anstößt, nahm den Schlüssel an sich und machte B. die Durchfahrt unmöglich. In Folge dessen fing dieser an, über das Grundstück des A. zu gehen und zu fahren, und trug, deßhalb von demselben mit der Negatorienklage auf Unterlassung dieser Handlungen belangt, in seiner Vertheidigung vor: der Kläger selbst habe ihn gezwungen, seinen Weg anstatt wie früher geschehen, jetzt über das gegnerische Grundstück zu nehmen. Dieses könne ihm um so weniger verwehrt werden, als der Weg die Fortsetzung des unmittelbar daran stoßenden, durch keinen Graben, keine

Hecke oder dergleichen davon geschiedenen Grund und Bodens des Klägers bilde, so daß man sagen könne, die Servitut liege auf dem Ganzen.

Kläger replicirte dagegen, daß seinem Gegner eine eigenmächtige Veränderung des Ueberwegs in keinem Falle zustehe. Derselbe müsse, wenn er den Weg benutzen wolle, Kläger um Oeffnung des Schlagbaums angehen, ihm sei sogar ein Schlüssel zu demselben offerirt, er habe ihn auch angenommen, den Schlagbaum jedoch nicht wieder verschlossen, daher ein anderes Schloß an Stelle des bisherigen gesetzt worden sei, zu dem der Bekl. den Schlüssel allerdings nicht erhalten habe und nicht bekommen solle.

Beklagter, den factischen Inhalt der klägerischen Behauptung zugebend, entgegnete hierauf, daß das Auf- und Zuschließen für ihn mit Unbequemlichkeit und Zeitverlust verbunden sei, und bat, ihn kostenlos von der Klage zu entbinden. Einen Antrag auf Beseitigung des Schlagbaums oder Einhändigung eines zweiten Schlüssels hat er nicht gestellt.

Wie wird zu entscheiden sein?

---

§. 184.

CXLI. Der Kaufmann Eidam ließ ein altes Haus, das er geerbt, niederreißen und an dessen Stelle ein neues bauen. Als aber seiner Anordnung gemäß in einer Seitenwand Fenster angebracht werden sollten, protestirte dagegen der Nachbar, nach dessen Haus zu die Wand befindlich, der Zimmermann Schuchardt, und behauptete, seinem Hause stehe ein Verbietungsrecht gegen die Anlegung von Fenstern in jener Wand zu, wie denn auch in dem alten Hause keine gewesen seien. Er belegte dies durch ein Document über den Kaufcontract zwischen ihm und dem letzten Besitzer des niedergerissenen Hauses, wonach dem Hause Schuchardt's, des Verkäufers, jenes Recht vorbehalten worden.

Eidam will sich demzufolge darauf beschränken, nur kleine vergitterte Fenster, sechs Fuß hoch vom Boden, anzulegen, um nur Licht und nöthigenfalls Luft hineinzulassen, Schuchardt aber will auch dies nicht gestatten. Eidam bittet daher um ein Gutachten, ob ihm nicht die Anlegung solcher Oeffnungen der bezeichneten Art gestattet werden müsse oder vielleicht sogar die Anlegung ordentlicher Fenster. Für das Letztere glaubt er sich berufen zu dürfen auf den Untergang der dienenden Sache, nämlich des niedergerissenen Gebäudes, womit auch die Servitut erloschen sei. Dies sei ja ausdrücklich ausgesprochen in

l. 10 §. 1 D. quib. mod. ususfr. etc. (7. 4) (Ulp.):

> Non tantum, si aedes ad aream redactae sint, ususfructus extinguitur, verumetiam si, demolitis aedibus, testator alias novas restituerit. Plane si per partes reficiat, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum.

Findet etwa

l. 5 §. 3 D. eod. (Ulp.):

> Si areae sit ususfructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mu-

tari et usumfructum extingui constat. **Plane si proprietarius hoc fecit,** ***ex testamento vel de dolo tenebitur***

hier Anwendung?

---

§. 185.

CXLII. Julius Weingärtner hat das Recht, aus seiner Stallthür auf das ihm mit seinem Nachbar Wirth gemeinschaftliche Gäßchen oder Höfchen sein Vieh aus- und einzutreiben.

Die einzelnen Befugnisse der beiden Nachbarn waren im Jahre 1782 durch einen Magistratsbescheid geregelt worden und es hieß darin u. A.:

„Es soll Schweizer (der damalige Besitzer des Weingärtner'schen Hau-„ses) das Recht haben, aus seiner Stallthür in das besagte Höfchen „sein Vieh aus- und einzutreiben."

An einen Aus- und Eingang für das Weingärtnerische Haus hinsichtlich des Höfchens wurde damals nicht gedacht, weil damals keine Hausthür auf das Höfchen ging. Bezüglich des Nachbarhauses aber hieß es in jenem Bescheide:

„es ist auch Wirth (der Vater des jetzigen Besitzers) befugt, das Höf-„chen mit Laufen und mit Viehtrieb zu gebrauchen."

Nachdem nun im Jahre 1842 Weingärtner eine Thür in dem Hause nach jenem Gäßchen zu angebracht hatte, gebrauchte er dieses auch zum Ein- und Ausgang für sein Haus. Dagegen protestirt sein Nachbar Wirth mit Berufung auf die erwähnte Bestimmung des Magistratsbescheids. Weingärtner dagegen glaubt in seinem Rechte zu sein und sein Advocat bestärkt ihn darin, weil ihm unbestritten die servitus actus zustehe, diese aber nach römischem Rechte auch die servitus itineris von selbst schon mit in sich enthalte.

l. 1 pr. D. de serv. pr. rust. (8. 3) (Ulpianus):

Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet; ***qui actum habet et iter habet etiam sine jumento.***

Dagegen ist zu vergleichen:

l. 4 §. 1 D. si serv. vind. (8. 5) (Ulpianus):

Qui iter sine actu vel ***actum sine itinere*** habet, actione de servitute utetur.

Kann demnach Weingärtner auch die servitus itineris beanspruchen?

CXLIII. Im Jahre 1753 hatte der Oeconom Schäfer von seinem ländlichen Grundstück (Kamp) einen Theil an Sommer und Weiß verkauft. In dem Contracte war der verkaufte Platz nach seiner Größe und seinen Grenzen genau bezeichnet und unter Anderem ferner bestimmt:

„daß Verkäufer zwar den (an den verkauften Platz angrenzenden, näher „bezeichneten) Fuhrweg denen Käufern mit überläßt, jedoch Verkäufer „solchen mit Käufern gemeinschaftlich zu nutzen und zu gebrauchen,

„Käufer aber längs solchem Fuhrwege die Planken auf beiden Seiten „für ihre Kosten zu ziehen, nachmals aber Verkäufer von solchen Plan„ken an der Seite seines Gartens 271 Fuß selbst unterhalten, gleich „dem auch derjenige, welcher über kurz oder lang von des Verkäufers „übrigen und auf 212 Fuß in der Länge an besagtem Fuhrwege lie„genden Kamp Etwas kaufen wird, jedesmal die Hälfte der Planken „des gekauften Platzes unterhalten muß —•—, sodann, daß Verkäufer „von seinem übrigen Kamp an Niemand anderer Gestalt als unter der „expressen Bedingung verkaufen solle und könne, daß der Käufer keine „höhern Gebäude darauf aufführen dürfe, als welche, das Dach mit „eingerechnet, nur in Allem 25 Fuß hoch seien, damit der von den „Käufern zu erbauenden Lohmühle der Wind dadurch nicht entzogen „werde und endlich, daß Käufer auch die in Osten an Verkäufers Kamp „zu ziehende Planke allein machen und unterhalten müssen, so jedoch, „daß diejenigen, so von solchem Kamp in der Gegend Etwas kaufen, „solche Planke pro rata zur Hälfte künftig halten und unterhalten „sollen.“ —

Nachdem die Lohmühle erbaut worden, wurde der gekaufte Platz mit der darauf stehenden Lohmühle an X. veräußert, der die Besitzung in seinem Testamente durch Vermächtniß seinem Neffen Eduard Herbst aussetzte, welcher auch nach dem Tode des X. in den Besitz gelangte.

Der übrige Schäfer'sche Kamp wurde bei dem später über Schäfer ausgebrochenen Concurs in öffentlicher Subhastation von Georg Grün erstanden. Der gegenwärtige Besitzer Adolph Mohr stützt sein Recht daran auf Ersitzung, deren Erforderniſſe er auch beweisen kann. — Der Letztere hat kürzlich auf die fraglichen Grundstücke ein Gebäude von 35 Fuß Höhe aufführen lassen. Hiergegen erhebt der jetzige Besitzer der Lohmühle, Wilhelm Herbst, Widerspruch, gestützt auf den Contract von 1753.

Mohr fragt deshalb bei uns an, ob er es in diesem Bezug auf eine Klage von Seiten des Herbst könne ankommen lassen, sowie auch, ob er nicht seinerseits verlangen könne, daß Herbst die seit 2—3 Jahren umgerissenen und abhanden gekommenen Planken an den in jenem Concurse von 1753 bezeichneten Orten resp. auf alleinige Kosten wiederherstelle oder die Hälfte dazu beitrage. —

Würde es auf die Entscheidung Einfluß haben, wenn jedes der beiden Grundstücke nur durch Verkauf seine Besitzer gewechselt hätte, ohne daß im Kaufcontracte die Bestimmungen des Vertrags von 1753 ausbedungen worden? —

---

§. 186—188.

CXLIV Als im Jahre 1792 der Gasthof zur Sonne in X. errichtet wurde, brachte der Besitzer desselben auch an der Hinterseite des Hauses eine Thür an, so daß nun auch von dieser Seite durch einen an den Hof stoßenden Garten des Gastwirths ein Eingang zu dem Gasthofe eröffnet und dadurch vielen nach dieser Seite wohnenden Bürgern von X.

ein bedeutender Umweg erspart wurde. Insbesondere benutzte diesen bequemen Eingang auch der Bürgermeister des Orts, welcher als regelmäßiger Stammgast sogar einen Schlüssel zur Gartenthür erhielt. Es konnte jedoch begreiflicher Weise nicht verhindert werden, daß, sofern der Garten offen war, auch andere Personen außer den Gästen sich des Wegs als eines Durchgangs durch den Gasthof nach der an der Fronte desselben hinlaufenden Straße bedienten.

Im Jahre 1842 veräußerte der Besitzer des Gasthofs Kellner den Garten an den Kaufmann Hellbach; dieser aber hielt, sobald er in Besitz des Gartens gekommen war, dessen Thür fortwährend verschlossen und machte auf diese Weise den hinteren Eingang zum Gasthof unmöglich. Dadurch erachten sich sowohl der Gastwirth Kellner als auch die Gemeinde von X. in wohlerworbenen Rechten gekränkt, der erstere, weil ihm ein bedeutender Schaden an Zuspruch von Gästen zugefügt werde, die letztere, weil dadurch der für den Geschäftsverkehr nothwendige oder doch sehr vortheilhafte Durchgang durch den Gasthof abgeschnitten sei. Beide berufen sich für ihr Recht auf Ersitzung.

Der Gastwirth beruft sich darauf, daß die Benutzung des Wegs von Seiten der Gäste zum Vortheil des Gasthofs geschehen, also diesem dadurch ein Recht erworben sei, ebenso wie dem Mühlenbesitzer dadurch, daß seine Mahlgäste einen Weg über das Grundstück eines Andern als Zugang zur Mühle während der Verjährungszeit benutzt hätten.

Die Gemeinde stützt sich gleichfalls auf den Gebrauch des Wegs durch die Gäste des Sonnenwirths, bemerkt aber dazu noch, daß auch Andere sich des Wegs als Durchgangs und zwar als eines nothwendigen und ohne erst um Erlaubniß zu bitten bedient hätten. Insbesondere aber hebt sie hervor, daß gerade der Bürgermeister des Orts, sowie verschiedene andere Ortsvorsteher ganz regelmäßig durch den fraglichen Garten bis in oder durch den Gasthof gegangen wären. Folglich sei der Gemeinde als Corporation durch ihre verfassungsmäßigen Repräsentanten das beanspruchte Recht erworben worden. —

Kann der Kaufmann Hellbach dagegen Etwas einwenden und was?

Zu vergleichen ist:

l. 1 §. 6. 7 D. de it. actuque priv. (43. 19) (Ulpianus):

Vivianus recte ait, eum qui propter incommoditatem rivi aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum. Itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, sed quasi nec usum. Ergo secundum (hoc) neutro usus videtur, multo enim minus illo usus est, per quem non ivit, propter incommoditatem rivi aut propterea, quia via praerupta erat. Idem erit dicendum, et si non erat via publica sed iter privatum, nam et hic eadem quaestio est (§. 7). Is, cujus colonus aut *hospes* aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via et idcirco interdictum habebit, et haec ita Pedius scribit et adjicit, etiam si ignoravit, cujus fundus esset, per quem iret, retinere eum servitutem.

l. 20 Dig. quemadm. serv. am. (8. 6):
Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessione ejus est, aut mercenarius aut hospes aut medicus, quive ad visitandum dominum venit, vel colonus aut fructuarius.

CXLV. Dem Besitzer eines Gras- und Baumguts, Namens Ackermann, steht zum Besten desselben eine servitus viae über seines Nachbars Schneider Gras- und Baumgut zu. Der Erstere hat jetzt seine Besitzung in einen Acker verwandelt und beansprucht nun auch für diesen die servitus viae. Dies wird ihm von Schneider bestritten und Ackermann sieht sich zu Erhebung der actio confessoria genöthigt. Der Beklagte wendet gegen diese Klage ein, die servitus viae habe zwar früher für das Grundstück des Klägers bestanden, aber nur unter der Voraussetzung, daß es ein Gras- und Baumgut sei, denn in dieser Eigenschaft sei dem Grundstück die Servitut bestellt worden. Eine Veränderung dieser Beschaffenheit sei eine Veränderung des Subjects.

Der Kläger bekämpft diesen Einwand mit folgenden Gründen:

1) eine Veränderung in der Benutzung des Grundstücks sei nur eine Veränderung der Zwecke des Eigenthümers, nicht des Grundstücks selbst.

2) Beklagter habe bei seinem Widerspruche gar kein rechtliches Interesse, denn die Ueberfahrt für einen Acker sei nicht lästiger, als für ein Gras- oder Baumgut. Beklagter habe zwar eingewandt, daß jetzt das Recht gerade zu einer Zeit ausgeübt werde, wo der Graswuchs beginne, also das dienende Grundstück Schaden leide. Bisher hätten beide Grundstücke, weil sie beide Gras- und Baumgüter gewesen, in gleichem Verhältnisse gestanden. Allein es stehe ja dem Beklagten frei, sein Grundstück gleichfalls in einen Acker zu verwandeln. Auch sei ja eine bestimmte Richtung für das Fahren beansprucht, ein Weg, wo doch kein Gras wachse.

3) Uererhaupt sei es ganz gleichgültig, ob die Ueberfahrt jetzt lästiger sei, als sonst, oder nicht. Sei einmal eine servitus viae bestellt, so dürfe sie auch in vollem Umfange ausgeübt werden. Daß es bisher in beschränktem Umfange geschehen, präjudicire nicht für die Folgezeit. Denn auch wer die servitus actus nur als servitus itineris benutze, behalte doch den actus.

l. 2 D. quemadm. serv. am. (8. 6) (Paulus):
Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum, sed manere Sabinus, Cassius, Octavenus aiunt, nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.

Dieses Recht auf Ausübung in vollem Umfange gehe namentlich daraus hervor, daß ausdrücklich vom römischen Rechte bestimmt sei, eine Servitut dürfe nicht über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks ausgedehnt werden, darin liege aber eben, daß sie für dieses Bedürfniß in seinem vollen Umfange ausgeübt werden dürfe.

4) Endlich sei noch hervorzuheben, daß der Theil des Bodens, worüber der Weg gehe, jetzt schon keinen Nutzen mehr gewähre, besonders weil auch der D., gleichfalls ein Ackerbesitzer, den Weg befahre.

Was ist über diese vier Gegenbemerkungen zu sagen?

Welchen Einfluß wird es haben, ob Ackermann den Erwerb seiner Servitut auf Ersitzung, oder auf Bestellung gründet?

CXLVI. A. verlangt von seinem Nachbar B. die Einziehung einer Dachrinne seines Hauses, welche in den Luftraum des A'schen Grundstücks hinein und über die Seitenmauer seines (des A.) Hauses um mehrere Zoll hinüberrage. B. macht hiergegen geltend, daß dieser Zustand schon seit länger als 10 Jahren in unveränderter Weise bestehe. Bei einer darauf vorgenommenen gerichtlichen Localbesichtigung stellt sich heraus, daß die Mauer des B'schen Hauses um 6 Zoll und stellenweis noch um mehr ausgewichen ist und daß darin das bestrittene Hinüberragen der daran befindlichen Dachrinne seinen Grund hat.

Kann B. mit seinem Einwande durchdringen? —

CXLVII. Leopold Weigel und Gabriel Reichard besitzen zwei Güter, welche früher ein Ganzes ausgemacht haben, jetzt aber getrennt als zwei besondere Güter bestehen. Zwischen beiden Gütern befindet sich ein Guts- und Wirthschafts-, also ein Privatweg, der unten bei den beiderseitigen Gutswohnungen und in dem gemeinschaftlichen Hofraume seinen Anfang nimmt und sich von da bis über die Hälfte der beiderseitigen Gutsfelder zwischen diesen fortzieht, weiter oben aber auf Weigel's Grund und Boden gelegen ist. Derselbe gehört beiden Theilen eigenthümlich zu, ist von ihnen zu Bewirthschaftung dieser ihrer Güter benutzt worden und wird von jedem zur Hälfte gebessert und in Stand erhalten. Nachdem aber 1843 Reichard noch eine andere Besitzung an sich gebracht hatte, die er jedoch von dem schon erwähnten, von ihm bewohnten, Gute aus bewirthschaftete, so nahm er nunmehr auf dem gedachten Wirthschaftswege auch alle diejenigen Feld- und Wirthschaftsfuhren vor, die von und nach dem neugekauften Gute zu verrichten waren. Weigel stellt deshalb gegen ihn die actio negatoria an, weil durch diese letzteren Fuhren der gemeinschaftlich zu unterhaltende Weg mehr ausgefahren und zu Grunde gerichtet werde, als dies außerdem der Fall sein würde; darin aber liege eine rechtswidrige Beschränkung der natürlichen Freiheit seines Eigenthums.

Der Beklagte gesteht die in der Klage angeführten Thatsachen zu, bestreitet aber, daß darauf eine Klage gegründet werden könne. Auf die natürliche Freiheit des Eigenthums würde sich Kläger nur haben stützen können, wenn er alleiniger Eigenthümer wäre. Da er nur Miteigenthümer des Wegs sei, so habe er auch nur ein beschränktes Recht, beschränkt durch die Befugnisse des Miteigenthümers. Der Miteigenthümer sei aber im Zweifel, so lange nicht ein besonderer Grund der

Beschränkung eintrete, zu vollständiger Mitbenutzung, also hier der Beklagte zur Befahrung des gemeinschaftlichen Wegs nach seinem Bedürfnisse berechtigt; denn gerade zur Befahrung sei ja der Weg bestimmt. Daß Kläger den Weg in geringerem Maße benutze, könne dem Beklagten so wenig Eintrag thun, als derjenige Miteigenthümer, welcher die gemeinschaftliche Sache gar nicht benutze, verlangen könne, daß auch der Andere sich des Gebrauchs ganz enthalte. Es sei daher schon an sich ganz gleichgültig, daß Beklagter jetzt noch für ein anderes Gut sich seines Rechts bediene. Man könne aber nicht einmal sagen, er fahre jetzt für ein neues Gut, denn da er es von dem Gute aus, das er von jeher bewohnt, bewirthschafte und als dessen Theil betrachte, so müsse auch ganz so entschieden werden, als wenn des Beklagten Berechtigung hinsichtlich seines alten Guts bestritten würde, denn das neue sei nur eine Erweiterung, eine Accession des alten, auf welche alle Rechte der Hauptsache übergehen.

Wollte man aber auch verlangen, daß Beklagter eine besondere Servitut für das neue Gut nachweise, so könne er auch diesem Verlangen entsprechen. Das neue Gut habe nämlich zur Zeit, wo sein und des Klägers Gut noch ein Ganzes gebildet, dem Hofrath Friedrich, der damals auch dieses Ganze besessen, gehört und dessen Pachter habe für das jetzt neugekaufte Gut auf dem fraglichen Wege eben dieselben Wirthschaftsfuhren gethan, wie jetzt der Beklagte. Im Jahre 1837 habe Friedrich das neue Gut an Leonhard verkauft „mit allen Rechten, sowie er sie besessen und benutzt habe." In diesem Zusatze sei die Bestellung der bisher von dem Pachter geübten Fahrgerechtigkeit ausgesprochen gewesen und diese sei nun auch auf den Beklagten übergegangen, da er das Gut von Leonhard gekauft habe und da durch den sechsjährigen Nichtgebrauch von Seiten Leonhard's die Servitut noch nicht untergegangen sei.

Entscheidung.

CXLVIII. Der Müller Stark hat gegen den Pfarrer Burger die actio negatoria angestellt, weil der Letztere ein Ueberfahrtsrecht über Stark's Wiese widerrechtlicher Weise ausübe. Wenn ihm aber überhaupt ein solches Recht zustehe, so dürfe es doch nur für Heu, nicht auch für Dünger, wie jetzt geschehe, gebraucht werden, denn die Pfarrwiese sei früher nie gedüngt, sondern stets nur gewässert worden.

Der Beklagte beruft sich auf ein durch unvordenkliche Zeit erworbenes Recht der Ueberfahrt. Dasselbe sei allerdings bisher nicht für Dünger gebraucht, weil die Pfarrwiese gewässert worden, allein die einmal erworbene Servitut dürfe natürlich in vollem Umfange ausgeübt werden.

Den ihm auferlegten Beweis seiner Servitut führte er insoweit, als er durch Zeugenaussagen darthat, daß die Ueberfahrt seit mehr als 30 Jahren geschehen sei.

Der Kläger focht das Resultat dieses Beweises aus zweifachem Grunde an:

1) weil die Ausübung nicht seit unvordenklicher Zeit, sondern nur während der ordentlichen Verjährungszeit erwiesen sei; auf diese habe sich Beklagter nicht berufen, es würde dazu auch die Anführung eines Titels nöthig gewesen sein;

2) weil nicht die Ausübung der Ueberfahrt als Recht dargethan worden. Beklagter und seine Vorfahren hätten nur vergünstigungsweise über des Klägers Grundstück fahren dürfen. Daß dies nicht geschehen sei, habe Beklagter zu beweisen.

l. 10 pr. D. si serv. vind. (8. 5):

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario (possedisse).

Vorsichtshalber trat er jedoch eventuell den Gegenbeweis an und es ergab sich aus den Aussagen der producirten Zeugen, daß die Vorbesitzer des Beklagten stets den Besitzer der befahrenen Wiese zuvor benachrichtigt hatten, daß sie über dieselbe fahren wollten.

Zu welchem Enderkenntniß führen diese beiden Beweise?

Wen traf die Beweislast hinsichtlich des Einwands der precario geschehenen Ausübung?

Ist dem Pfarrer ein Recht zuzusprechen und in welchem Umfange?

Kann der Richter ex officio den Beweis der Ausübung während der ordentlichen Verjährungszeit berücksichtigen, obgleich der Beklagte sich auf unvordenkliche Zeit berufen hatte? War die Anführung eines Titels erforderlich?

Noch ist zu bemerken, daß man zu und von der Wiese des Beklagten nur über die Wiese des Klägers fahren kann, daß die Ueberfahrt für die Kläger und seine Vorgänger höchst lästig und nachtheilig sein mußte, daß der Besitzer der klägerischen Wiese sehr oft gewechselt hat, daß die Ueberfahrt nie gewehrt worden.

Ein bestimmter Weg ist nicht erwiesen. Wie ist daher zu erkennen?

---

§. 189. 190.

CXLIX. Zwei Nachbarn, Meier und Schröter, besitzen eine Scheune gemeinschaftlich und zwar in der Weise, daß dem Ersteren die linke, dem Letzteren die rechte Seite derselben als Stall und Futterniederlage gehört, nur den mittleren Theil, die Tenne, haben Beide noch in ungetheilter Gemeinschaft und benutzen dieselbe als Tenne. Nur außer der Erndtezeit gebraucht Meier diesen Theil der Scheune auch als Chaisenremise. Schröder protestirt hiergegen, weil

1) die Tenne auch außer der Erndtezeit benutzt werde,

2) ihm durch die Deichsel der Chaise der Zugang zu Stall und Futterniederlage versperrt werde.

Meier entgegnet, daß

1) die Deichsel nicht immer an dem Wagen befindlich sei;

2) er stelle den Wagen immer nur auf die linke Seite der Tenne, welche doch als anstoßend an den ihm ausschließlich gehörenden Theil der Scheune sein Theil sei, in dessen Benutzung Schröder Nichts hineinzureden habe;

3) wollte man aber die Tenne als pro indiviso gemeinschaftlich betrachten, so habe er ein dingliches Recht auf die Benutzung als Chaisenremise erworben; denn die früheren Besitzer seines Scheunenantheils hätten schon während eines Zeitraums von 20 Jahren ihre Chaise stets in die Tenne gestellt.

Wenn ihm der Beweis dieser Behauptung als Beweis einer Servitut nicht zugelassen würde, könnte er sich dann vielleicht auf unvordenkliche Zeit berufen? Von welcher Art ist das behauptete Recht?

Zu diesem Streite gesellt sich noch ein anderer über die Benutzung eines Grundstücks, welches Eigenthum Meier's ist und bisher von Schröder als Einfahrtsweg zu seinem Scheunentheil benutzt wurde, so lange er mit Meier in gutem Verhältnisse lebte. Durch die in letzter Zeit entstandenen Zerwürfnisse findet sich Meier veranlaßt, seinem Nachbar das Recht zur Ueberfahrt zu bestreiten. Schröder will auch dies zum Processe kommen lassen, denn er ist überzeugt, daß seine Vorgänger im Besitze jenen Weg stets als Einfahrt benutzt haben. Beweisen kann er es freilich nur von dem letzten Vorgänger sowohl Schröder's als Meier's, dem Brauer Schilling, welcher beide Theile der Scheune an sich gebracht hatte. Daß dieser die Fahrgerechtigkeit über Meier's Grundstück während eines Zeitraums von 10 Jahren ungestört und als Recht ausgeübt habe, steht fest. Während jedoch Schröder daraus ein Recht auch für seinen Theil herleitet, behauptet umgekehrt Meier, die durch Schilling für die ganze Scheune erworbene Servitut sei durch Theilung derselben untergegangen, sowohl wegen Untheilbarkeit der Scheune als eines Gebäudes, als wegen Untheilbarkeit der Servituten. Indem nämlich er, Meier, der Eigenthümer des belasteten Grundstücks, Miteigenthümer des herrschenden geworden, sei die Servitut für seinen Antheil durch Confusion untergegangen. Für den anderen Theil aber könne sie nicht bestehen aus doppeltem Grunde:

1) weil derselbe nur als pars pro indiviso gedacht werden könne, denn Gebäude könnten bekanntlich als untheilbare Sachen nicht reell getheilt werden. Für einen ideellen Theil aber könnte keine Servitut bestellt werden.

2) Auch wenn Schröder's Antheil als ein reeller Theil, als pars pro diviso anerkannt werde, so könnte ihm doch kein Recht aus der von Schilling erworbenen Fahrgerechtigkeit zustehen, denn das ganze Recht stehe nur dem ganzen Gebäude zu, ein Theil desselben aber könne gar nicht als existirend gedacht werden, wegen Untheilbarkeit der Servituten. —

CL. Der Actor des Pfarrlehens zu M. stellte im J. 1845 gegen den Staatsfiscus eine Klage an, deren Inhalt dem Wesentlichen nach in Folgendem bestand: Das Zehntgetreide, welches an das Pfarrlehen zu M. von den dasigen Vorwerksfeldern zu entrichten gewesen, sei im J. 1617 abgelöst und dabei bestimmt worden, daß dem jedesmaligen Pfarrer zu M. statt des Getreides jährlich 150 Gülden Meißnischer Währung im dritten Termine jedes Jahrs von dem Rentamt zu M. ausgezahlt werden sollte. Seit jener Zeit sei auch die erwähnte Summe stets in 150 Mfl. jährlich bezahlt worden. Erst seit dem Jahre 1841 verweigere der Staatsfiscus dem Pfarrlehn zu M. die vollständige Gewährung jener Summe, indem er diese nach dem 20 Guldenfuß berechne und daher nur 137 Thaler 27 Sgr. gewähren wolle, obgleich doch jene 150 Mfl., weil sie im Jahre 1617, also noch nach dem Reichsfuße festgesetzt worden, im 14 Thalerfuße 199 Thaler 25 Sgr. 3 Pf. betragen.

Der Beklagte schützte vor, daß nicht erst seit 1841, sondern seit rechtsverjährter Zeit die fragliche Geldrente nur nach dem geringeren Betrage von 137 Thlr. 27 Sgr. (im 14 Thalerfuße) geleistet worden sei. Man brauche daher in diesem Falle gar nicht zu der Behauptung, die sich doch auch vertheidigen lasse, seine Zuflucht zu nehmen, daß schon in einmaliger Annahme eines geringeren Betrags der geschuldeten Rente von Seiten des Gläubigers ein stillschweigender Verzicht auf den Ueberschuß liege. Denn ganz abgesehen hiervon gehe doch unbestritten durch Nichtausübung eines Rechts während 10 Jahren dasselbe verloren, also werde auch durch Ausübung eines Rechts in einem geringeren Umfange während der angegebenen Zeit das Recht auf diesen geringern Umfang beschränkt. Wollte man aber die Grundsätze vom Verlust der Servituten nicht auf Zehntrechte anwenden, so gehe doch dasselbe Resultat hervor aus den über die Klagverjährung geltenden Regeln. Es könne nämlich bewiesen werden, daß der erwähnte größere Betrag schon seit mehr als 30 Jahren nicht mehr bezahlt worden, es sei also die jetzt angestellte Klage schon seit länger als 30 Jahren actio nata und sei daher jetzt schon verjährt.

Ist dem Beklagten noch der Beweis seiner Behauptung, daß während der Verjährungszeit der geringere Betrag geleistet worden, aufzulegen — oder ist er ohne Weiteres dem Klagantrage gemäß zu verurtheilen?

CLI. Dem Freiherrn von O. steht als Eigenthümer des Guts O. die Schäfereigerechtigkeit auf dem Weide-Anger der Gemeinde E. im Hannöverschen zu. Im Jahr 1808, während das Gut und das Dorf E. zum Königreich Westphalen gehörten, kam der Westphälische Maire der Gemeinde E., der Einwohner Voß daselbst, in Begleitung des betreffenden Canton-Maire R. zu dem Freiherrn v. O. und trugen ihm vor, daß die Gemeinde E. einen Theil ihres mit der Schäfereigerechtigkeit belasteten Gut- und Weide-Angers umzubrechen und als Weideland zu benutzen wünsche, wozu v. O. als Servitutberechtigter consentiren möge. Unter

der Bedingung, daß die Gemeinde E. ihm jährlich $2^1/_2$ Thlr. für die Erlaubniß entrichte, ertheilte v. O. diese, jedoch nur vorläufig und auf unbestimmte Zeit.

Im J. 1829 klagte v. O. unter Bezugnahme auf den erzählten Vorgang und mit dem Anführen, daß die Gemeinde E., obgleich sie einen Theil ihres Angers in den Jahren 1808—1810 habe umbrechen und als Gartenland benutzen lassen, doch die versprochene Geldentschädigung bis jetzt nicht entrichtet habe. Er bat daher, die Gemeinde E. anzuhalten, 1) daß sie die ihm versprochene und schuldige jährliche Entschädigung wenigstens vom J. 1810 bis 1829 bezahle, sowie 2) daß sie die umgebrochenen Theile der bezeichneten Weidefläche wieder zur Hut und Weide liegen lasse.

Die Gemeinde E. räumte ein, daß auf Grund der im J. 1808 vom Kläger gegebenen Erlaubniß im J. 1809 ein Theil des genannten Angers umgebrochen und seitdem als Gartenfläche benutzt worden sei, weigerte sich jedoch, das gedachte Land wieder zur Hut und Weide liegen zu lassen, sowie auch die verlangte Entschädigung zu zahlen. Zwar sei eine solche von dem Gemeinde-Maire V o ß versprochen und bisher nicht entrichtet worden; allein jenes Versprechen habe nach den damals geltenden Westphälischen Gesetzen für die Gemeinde keine bindende Kraft äußern können. Es mußte nämlich nach damals geltendem Westphälischen Rechte zu derartigen Verträgen für eine Gemeinde die Berathung im Municipalrathe und die Genehmigung des Präfecten hinzukommen. Ueberdies berief sich die beklagte Gemeinde darauf, daß durch non usus der Schäferei seit 1810 auf dem streitigen Theil des Angers die Servitut des Klägers auf diesem erloschen sei. Auch habe in jenem Vertrage eine Verletzung über die Hälfte gelegen, da der Schaden des Klägers durch Nichtausübung der Schäferei auf dem fraglichen Lande kaum auf den dritten Theil der verlangten Entschädigung jährlich angeschlagen werden könne.

Der Kläger stützt sich hiergegen u. A. auf ein königlich Hannöversches transitorisches Gesetz vom 23. August 1814, wonach die Versäumung einer nach den fremden Gesetzen erforderlichen, nach den einheimischen unwesentlichen b l o ß e n F ö r m l i c h k e i t der Gültigkeit eines während der Usurpationszeit eingegangenen Rechtsgeschäfts nicht im Wege stehen soll, wenn nur die nach dem einheimischen Rechte wesentlichen Förmlichkeiten beobachtet worden. Es müsse also hier das in Hannover geltende Recht (also das gemeine Recht) entscheiden. Das von der Beklagten behauptete Verhältniß der verlangten Entschädigung zu dem erlittenen Schaden, das er zugesteht, erklärt er für völlig gleichgültig, weil es nur auf das Verhältniß zu dem von der Beklagten erlangten Nutzen ankomme und weil auch hierbei das Westphälische Recht in Anwendung komme. Das französisch-westphälische Recht bestimmt nämlich ausdrücklich, daß die Aufhebung eines Vertrags wegen Verletzung zum Vortheil des Käufers nicht stattfindet.

Wie ist zu entscheiden? —

CLII. Der Hausbesitzer Jammerthal baut sich auf seinem Hofe einen Stall und zwar von solcher Höhe, daß dadurch seinem Nachbar Schatz drei Fenster, die auf jenen Hof gehen, verbaut werden. Der Letztere klagt deshalb confessorisch gegen Jammerthal, indem er behauptet, ein Recht, daß jene Fenster nicht verbaut werden dürften, durch Ersitzung erworben zu haben, da jene Fenster schon seit unvordenklicher Zeit in seiner Wand befindlich seien. Eben wegen dieses Bestehens seit unvordenklicher Zeit berufe er sich für den Erwerb des Rechts auch nicht einmal auf einen Titel — also auch nicht auf Ersitzung und deren Erfordernisse, denn die unvordenkliche Zeit vertrete die Stelle eines rechtmäßigen Entstehungsgrunds. Man könne es auch so ansehen, als bestehe ein Gesetz, daß Niemand seinem Nachbar Fenster verbauen dürfe, denn es gelte im römischen Rechte der Satz:

„vetustatem vicem legis tenere“

l. 1 §. fin. D. de aq. et aq. pluv. a. (39. 3).

Der Beklagte führte dagegen an:

1) das eine der drei Fenster sei erst seit fünf Jahren vorhanden, hinsichtlich dessen könne also der Kläger keine Servitut ersessen haben, schon wegen des fehlenden Ablaufs der Verjährungszeit;

2) aus den vom Kläger angeführten Thatsachen gehe nur das langjährige Bestehen der Fenster hervor, keineswegs aber, daß sie mit Recht bestanden hätten.

Diese Einwände sucht der Gegner zu beseitigen und zwar

den ersten durch die Bemerkung, daß mit einmal erworbenem Rechte, Fenster in einer Wand zu haben, auch das Recht erworben sei, für die Zukunft mehr dergleichen anzulegen; —

den zweiten durch die Behauptung, das Recht, Fenster anzulegen, sei in der natürlichen Freiheit des Eigenthums am Hause von selbst mit enthalten und es bedürfe daher keines besonderen Erwerbsgrundes für ein solches Recht.

Mit dem Rechte auf Fenster sei aber zugleich auch das Recht verbunden, das Verbauen derselben zu verwehren, was zum Ueberfluß noch aus folgenden Aussprüchen des römischen Rechts sich beweisen lasse:

l. 11 pr. D. de S. P. U. (8. 2) (Ulpianus):

Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se *formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.*

l. 10 D. eod. (Marcellus).

Gaurus Marcello. Binas aedes habeo, alteras tibi lego; heres aedes alteras altius tollit et luminibus tuis officit; quid cum illo agere potes? Et an interesse putes, suas aedes altius tollat, an hereditarias! Et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem, quae legatur, praestare debet, sicut solet quaeri, cum ususfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest? Marcellus respondit: Qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres

alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium. Idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usumfructum legaverit. Non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum; habitare autem potest et aedibus obscuratis. Ceterum usufructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur. *Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.*

Die Bestimmung der letztern Stelle finde hier um so mehr Anwendung, als die beiden fraglichen Häuser beide in früherer Zeit dem Großvater des Beklagten gehört hätten, von welchem das eine der Vater des Klägers gekauft habe.

Der Beklagte, erbittert über den Proceß, in den ihn der Kläger verwickelt hat, erhebt nun auch seinerseits eine Klage gegen Jammerthal, in welcher er sich darüber beschwert, daß Jammerthal eine Mauer theilweise erhöht habe, obgleich sein Haus mit einer servitus altius non tollendi dem Nachbarhause gegenüber belastet sei. Jammerthal behauptet, von dieser Servitut durch usucapio libertatis befreit zu sein, da die angeführte Erhöhung schon vor mehr als zehn Jahren eingetreten sei. Dem setzt jedoch Schatz entgegen, durch das zehnjährige Bestehen einer theilweisen Erhöhung könne Beklagter keinesfalls zu mehr als zu diesem Theile von der Servitut befreit sein, wegen Untheilbarkeit der Servituten aber könne keine Servitut zum Theil erlöschen und mithin müsse die ganze Servitut noch in vollem Umfange fortbestehen, die usucapio libertatis könne hier keinen Einfluß haben. —

CLIII. Der Grundbesitzer G r u m b a c h klagt negatorisch gegen seinen Nachbar, den Oeconomen E i n b r o d, indem er in seiner Klage anführt, Einbrod sei zwar berechtigt, einen Weg über Klägers Grundstück als F u ß p f a d zu benutzen, allein er habe sich jetzt unterfangen, sich desselben auch als eines F a h r w e g s zu bedienen, wodurch Kläger großen Schaden leide; denn da der Fußweg zu schmal zum Fahren sei, so werde auch das daran stoßende bebaute Feld mit befahren.

Der Beklagte gesteht zu, daß er über des Klägers Grundstück fahre, behauptet aber, auch dazu berechtigt zu sein. Es sei nämlich, wie er erst kürzlich in Erfahrung gebracht, jener Weg ursprünglich als F a h r w e g eingeräumt und daher unbefugter Weise vom Kläger zum Theil umgepflügt und bestellt worden. —

Daß eine solche F a h r gerechtigkeit bestanden h a b e, wird auch vom Kläger nicht bestritten. Derselbe ist jedoch der Ansicht, jenes Recht auf einen Fahrweg sei als solches erloschen und in ein bloßes Recht auf einen Fußpfad verwandelt, aus der ursprünglichen via sei ein iter, mit Beschränkung auf einen bestimmten hergerichteten Weg, geworden. Denn schon seit 11 Jahren bestehe der Weg in seiner jetzigen Gestalt, da schon seit

so langer Zeit der eine Theil desselben als Feld benutzt werde. Es liege mithin in Bezug der Fahrgerechtigkeit ein zehnjähriger non usus von Seiten des Berechtigten und zugleich von seiner, des Beklagten, Seite eine zehnjährige usucapio libertatis vor.

Der Beklagte bestreitet diese Argumentation:

1) weil bekanntlich eine Servitut nicht schon dadurch erlösche, daß sie nicht in vollem Umfange ausgeübt werde. Wer sich eines actus während 10 Jahren nur als iter bediene, behalte deshalb doch den actus.

l. 2 D. quemadm. serv. am. (8. 6) s. Nro. 145.

l. 9 §. 1 D. si serv. vind. etc. (8. 5) (Paulus):

Qui latiore via vel *angustiore* usus est, retinet servitutem, sicuti qui aqua, ex qua jus habet utendi, alia mixta usus est, retinet jus suum.

l. 8 §. 1 D. quemadm. serv. am. (8. 6):

Is, qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur.

Gegen diese Stelle beruft sich Kläger auf

l. 20 D. quib. mod. ususfr. (7. 4) (Paulus):

Is qui usumfructum habet, si tantum utatur, quia existimet, se usum tantum habere, an usumfructum retineat? Et si quidem *sciens*, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus et frui videtur. Si vero ignoret, puto eum amittere fructum; non enim (ex) eo, quod habet, utitur, sed (ex) eo, quod putavit se habere.

2) Anlangend die usucapio libertatis, auf welche Kläger sich berufe, so bleibe dieselbe aus doppeltem Grunde hier ohne allen Einfluß:

a) weil eine Servitut nicht theilweise untergehen könne.

l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. am. (Celsus):

Nec aut usu detineri, aut non utendo deperire, nisi tota via, potest, — — quoniam unum atque eo modo individuum viae jus est.

b) weil Kläger das belastete Grundstück erst seit drei Jahren inne habe. Die sieben vorhergehenden Jahre, welche Kläger mit für seine usucapio libertatis angeführt habe, fielen demnach in die Besitzzeit des Fabrikbesitzers Ammann, von welchem Kläger das Gut gekauft habe. Der Besitz dieses Vorbesitzers könne jedoch dem Kläger nicht zugerechnet werden, denn die accessio possessionis finde zwar bei Ersitzung des Eigenthums, nicht aber bei Ersitzung von Servituten und ebensowenig bei der usucapio libertatis Anwendung, wie unzweifelhaft hervorgehe aus:

l. 32 §. 1 D. de S. P. R. (8. 2) (Julianus):

Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur, quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est. Is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, *integro statuto tempore* libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

Dieser Stelle setzt der Kläger entgegen

l. 18 §. 1 D. quemadm. serv. amtt. (8. 6) (Paulus):

Tempus, quo non est usus praecedens fundi dominus, cui servitus debetur, imputatur ei, qui (in) ejus loco successit.

Was hier für den non usus bestimmt sei, müsse auch für die usucapio libertatis gelten, weil diese nur etwas zu dem non usus Hinzutretendes sei.

Was ließe sich überhaupt gegen den Beklagten und für den Kläger sagen? Könnte der Letztere vielleicht die ganze Wegegerechtigkeit für untergegangen erklären mit Bezug auf

l. 6 §. 1 D. eod. (Celsus):

Quod si minus loci superest, quam viae sufficiat, uterque fundus liberabitur, alter propter redemtionem, alter, quia per eum locum, qui superest, via constitui non potest? —

Oder könnte der Kläger nicht wenigstens verlangen, daß, wenn dem Beklagten noch für gegenwärtige Zeit eine Fahrgerechtigkeit zugesprochen würde, derselbe mit einem für ihn ebenso bequemen Wege, der für den Kläger nicht so nachtheilig wäre, zufrieden sei?

Vgl. l. 2 §. 8 D. de religiosis et sumtibus etc. (11. 7) (Ulp.):

Locum, qui servit, nemo religiosum facit, nisi consensiat is, cui servitus deberetur. Sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri et ideo religiosus fit. Et sane habet hoc rationem.

l. 9 D. de servitutibus (8. 1) (Celsus):

Si cui simplicius via per fundum cujuspiam concedatur vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet ejus partem) ire agere licebit, *civiliter* modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendum est, *cum id aeque commode per alteram partem facere possit* minore servientis fundi detrimento.

CLIV. Im Jahre 1845 brannte dem Oeconomen Kindermann ein Stall im Hintergebäude seines Hauses ab. Bei dem Neubau desselben richtete Kindermann die Bedachung so ein, daß die Dachtraufe auf den daran stoßenden Stall seines Nachbars, des Bäckers Henneberg, fiel und veranlaßte dadurch den Letztern zur Anstellung einer negatoria in rem actio gegen Kindermann.

Dieser producirt dagegen ein Document, woraus hervorgeht, daß noch im Jahre 1733 das Traufrecht dem Stalle des Beklagten zugestanden hat und ausgeübt worden ist. Im folgenden Jahre aber war sowohl jener Stall, als der Schuppen des Nachbarhauses, der mit der Traufe belastet war, abgebrannt. An die Stelle desselben war ein Stall gesetzt worden; des Beklagten Vorgänger aber, der mit seinem Nachbar große

Freundschaft hielt, hatte seinen Stall beim Wiederaufbau so eingerichtet, daß die Traufe in seinen eigenen Hof fiel.

Der Beweiskraft dieses Documents wird vom Kläger entgegengestellt, eine etwa dadurch bewiesene Servitut sei längst

1) durch non usus wieder untergegangen;

2) auch wegen Untergangs der dienenden Sache sei die Servitut schon 1734 erloschen. Denn die dienende Sache sei ein Schuppen gewesen; dieser sei niedergebrannt und nicht einmal wieder hergestellt, sondern durch eine andere Sache, einen Stall, ersetzt worden.

l. 36 pr. D. de usufr. (7. 1) (Africanus):

Qui usumfructum areae legaverat, insulam ibi aedificavit; ea vivo eo decidit, vel deusta est; usumfructum deberi existimavit. Contra autem non idem juris esse, si, insulae usufructu legato, area deinde insula facta sit. Idemque esse et si scyphorum ususfructus legatus sit, deinde massa facta et iterum scyphi; licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum ususfructus legatus sit.

l. 10 §. 1 D. quib. mod. ususfr. (7. 4) — s. oben bei Nr. 137.

Der Beklagte beschränkt sich diesen Argumenten gegenüber auf die einfache Bemerkung, daß keines derselben auf servitutes praediorum urbanorum Anwendung finden könne, auch das erste nicht, weil servitutes praediorum urbanorum nicht schon durch bloßen non usus erlöschen sollen, sondern lediglich unter der Voraussetzung, daß zu diesem non usus auf Seiten des Berechtigten noch die usucapio libertatis auf Seiten des Belasteten hinzutrete, also eine Thätigkeit des Belasteten, wodurch der Besitz seines Hauses sich als Besitz eines freien Hauses darstelle. Diese usucapio libertatis könne Kläger nicht für sich anführen. —

---

§. 191.

CLV. Von dem Gute des Herrn von Kemper führt ein Weg in die nicht weit davon entfernte landesherrliche Waldung, neben welchem Wege sich grüne Plätze befinden. An diesen Grasplätzen steht dem Rittergutsbesitzer Weinlich ein Hutungsrecht zu. In diesem glaubt er sich verletzt dadurch, daß jetzt auch v. Kemper sein Vieh auf jene Grasplätze treiben läßt und erhebt deshalb wider denselben die confessoria actio.

Der Beklagte behauptet, diese Klage müsse angebrachter Maaßen abgewiesen werden, weil

1) die confessoria actio nur gegen den Besitzer des angeblich dienenden Grundstücks angestellt werden könne, der Beklagte aber jene Grundstücke gar nicht besitze;

2) weil hier nicht sowohl das Bestehen einer Servitut vom Kläger behauptet (denn eine solche werde ihm gar nicht abgestritten), als vielmehr eine Servitut auf Seiten des Beklagten geläugnet werde. Mit-

hin hätte, wenn überhaupt hier eine Klage zulässig wäre, die negatoria in rem actio angestellt werden müssen.

Sind diese Einwendungen begründet?

CLVa. Der Ackersmann B. in H. besitzt daselbst eigenthümlich ein mit einem Wohnhause besetztes Grundstück, an welches östlich ein anderes dem dortigen Ackersmann G. gehöriges stößt. Ersterer hat nun eine ausdrücklich als Negatorienklage in rubro bezeichnete Klagschrift beim zuständigen Gerichte eingebracht und darin angeführt:

„An der östlichen Längenseite meines Wohnhauses hat sich bis zum „Jahre 1865 in einer Entfernung von $^5/_4$ Ellen ein kleines, mit der „Giebelseite des Satteldachs meinem Grundstücke zugekehrtes, dem Be„klagten gehöriges Gebäude befunden, welches viel niedriger als das „meinige war. Im letzten Sommer hat Beklagter statt dessen ein län„geres, mit der Längenseite meinem Grundstücke zugekehrtes Gebäude „aufgeführt, und dieses derartig mit einem Ziegeldache über das Dach „meines Wohnhauses $^6/_4$ Ellen erhöhen lassen, daß dasselbe nicht nur den „zwischen beiden Häusern befindlichen Zwischenraum größten Theils, „sondern auch die Luftsäule meines Daches an dieser Seite nahezu „überragt; dadurch wird nun veranlaßt, daß Regen, Schnee und Ge„witterwasser vom Dache des Beklagten auf das meinige fällt und „dasselbe beschädigt, auch die Längenseite und Wand meines Hauses „von der Feuchtigkeit getroffen, eingeweicht und verdorben wird. Ich „warnte den Bekl. schon während der Errichtung seines neuen Gebäu„des, und er versprach mir damals, dafür sorgen zu wollen, daß mei„nem Hause kein Schaden erwachse. Dieses ist aber nicht geschehen, „daher ich beantrage, Bekl. möge verurtheilt werden, seinem neuen „Gebäude eine dem meinigen nach Urtheil Sachverständiger unschädliche „Einrichtung zu geben, mir auch allen verursachten Schaden sowie die „Proceßkosten zu ersetzen."

Beklagter entgegnete hierauf: es sei bestehenden Rechtens, daß er sein Haus beliebig höher bauen und verändern könne, wenn er damit nur nicht in die Luftsäule über des Nachbarn Grund und Boden gerathe. Weiter habe er nichts gethan, und wenn jetzt wirklich seinem Nachbarn Schaden entstehe, was übrigens geleugnet werde, so brauche Bekl. diesen nach dem Satze „qui jure suo utitur, nemini facit injuriam" nicht zu ersetzen. Kläger könnte höchstens darauf Anspruch haben, wenn eine servitus altius non tollendi auf des Bekl. praedium ruhe, eine desfallsige Behauptung sei aber nicht einmal aufgestellt, zu geschweigen, daß wenn dieses wirklich geschehen wäre, die actio confessoria die richtige Klage gewesen sein würde, welche thatsächlich gar nicht erhoben sei. Im Uebrigen leugne Bekl., daß er sein Haus höher gebauet habe als das frühere, daß dasselbe $^6/_4$ Ellen den Zwischenraum zwischen beiden Gebäuden größtentheils und die über dem gegnerischen Dache befindliche Luftsäule nahezu überrage, wie es auch unwahr sei, daß vom Dache des Bekl. fallender Regen, Schnee und Gewitterwasser auf das klägerische Dach stürze und dieses oder

dessen Längenseite und Wand beschädige. Das vom Kläger angegebene, hierauf bezügliche Versprechen habe Bekl. nicht ertheilt, wohl aber „aus freien Stücken" eine Dachrinne an seinem Gebäude angebracht, welche alles Wasser, welches von seinem Dache abfließe, aufnehme, während das etwa überfließende auf das zwischen den Häusern liegende, im ausschließlichen Eigenthum des Bekl. stehende Terrain gerathen werde. Nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge könne dem Gegner gar kein Schaden entstehen, was aber außerordentliche Ereignisse, wie heftiger Sturm und dergl. thun, dafür könne Bekl. nie verantwortlich sein. Jedenfalls sei noch keinerlei Schaden nachgewiesen, überhaupt noch nicht entstanden, Kläger also noch nicht verletzt und noch nicht actio nata.

Kläger blieb bei seiner Behauptung der fortwährenden Beschädigung, leugnete das vom Gegner behauptete Eigenthum an den Zwischenräumen beider Gebäude und setzte hinzu: die Dachrinne nehme nicht allen vom Dache des Bekl. fließenden Regen 2c. auf, sondern vieles stürze darüber hinweg auf Klägers Dach und selbst das aufgenommene fließe aus dem an der Rinne angebrachten, über 6 Fuß von der Erde entfernten Ausgusse auf den Zwischenraum, verursache daselbst eine beständige, des Klägers Wand schädliche Feuchtigkeit und werde beim geringsten Windzuge gegen dieselbe gespritzt. Dieses alles und schon das, was Bekl. von dem Inhalte der Klage zugestanden und selbst angegeben habe, lasse keinen Zweifel darüber aufkommen, „daß die angestellte Klage auch als actio de fluminibus recipiendis wegen der künstlichen Zuweisung des Regenwassers wohlbegründet und bewiesen sei."

Es folge dieses auch daraus, daß Bekl. die fragliche, jedoch ungenügende Rinne an sein Dach gebracht habe. Dem bestehenden Uebelstande könne nur durch Veränderung des gegnerischen Daches abgeholfen werden, hierauf sei in der Klage angetragen und einzig und allein schon jetzt zu erkennen. Dagegen dürfe man dem Kläger nicht zumuthen, daß er warte, bis ihm ein Schaden entstanden sei, den er gegenwärtig allerdings noch nicht genügend nachzuweisen vermöge, er verlange kurzweg Abänderung des bestehenden, bezw. Herstellung des früheren Zustandes, den der Bekl. eigenmächtig und widerrechtlich verhindert habe.

Wie ist zu entscheiden?

Fünftes Capitel. **Das Pfandrecht.**

§. 193.

CLVI. Der Nachlaß des 1799 zu Hannover verstorbenen Schauspieldirectors Großmann bestand hauptsächlich aus der Summe von 1000 Thalern, wofür G. seine Theatereffecten an den Schauspielunternehmer W. überlassen hatte. Auf jene Summe machten aber sowohl G's Kinder erster Ehe, als seine zweite als Wittwe hinterlassene Ehefrau, welche in Cassel wohnte, mit ihren Kindern Anspruch. Das Gericht, welches die

Auseinandersetzung zu leiten hatte, machte einen Vergleichsvorschlag. Ehe es aber noch zur Einigung darüber kam, veranlaßte die Wittwe G. das Hofgericht zu Cassel, daß es von dem Stadtgerichte zu Hannover die Auszahlung der fraglichen 1000 Thlr. verlange. Dieß geschah und das letztere schickte auch wirklich jene Summe, doch mit dem Ersuchen, sie der Wittwe nicht eher auszuzahlen, als bis sie Caution dahin beschafft habe, daß, im Fall ihr diese Gelder nach dem intendirten Vergleiche mit ihren Stiefkindern (den Kindern erster Ehe) nicht eigenthümlich aus dem Nachlasse ihres Ehemanns zukommen sollten, sie solche ganz, oder soviel dazu nöthig sein sollte, unweigerlich zurückzahlen wolle. Im Mai 1800 stellte die Wittwe G. diese Caution mittelst Deposition zweier Obligationen à 1000 Gulden und erhielt die Gelder ausgezahlt.

Als später bei Auseinandersetzung des G'schen Nachlasses den Kindern erster Ehe der Erlös der Theatereffecten ausschließlich zugesprochen wurde, war inzwischen Concurs über das Vermögen der Wittwe G. ausgebrochen und es waren in die Concursmasse auch die 2000 Gulden Caution hereingezogen worden, indem das Gericht, dem sie bestellt worden, dieselben von freien Stücken an das Concursgericht eingeliefert hatte. Auf diese beiden Obligationen im Betrag von 2000 Gulden erheben nun die Kinder erster Ehe einen Separationsanspruch. Es ist nämlich in einer kurhessischen Verordnung v. J. 1770 Folgendes bestimmt:

„Denen Gläubigern, welche ein Faustpfand besitzen, stehet frei, ob sie solches bei erkanntem Concurs-Processe abtreten und ihre Befriedigung aus der Masse erwarten, oder ob sie vom Concurse abstehen und sich mit ihrem Unterpfande begnügen wollen."

Die G'schen Kinder erster Ehe verlangen mit Bezug auf diese Bestimmung aus der Caution ausschließlich befriedigt zu werden, weil die beiden Obligationen ihnen zum Faustpfande übergeben seien.

Dagegen hebt der Concurscurator hervor, daß die Cridarin, Wittwe G., nicht aufgehört habe, Eigenthümerin der erwähnten Obligationen zu sein, und daß, wenn überhaupt ein Pfandrecht an denselben bestellt worden, dies doch nur für das Gericht zu Hannover begründet sei, welches sich ein solches Pfand wegen Restitution der 1000 Thaler für den Fall habe bestellen lassen, daß die Summe der Wittwe G. nicht zukommen sollte. — Daraus könnten jedoch die Stiefkinder der letztern keine Rechte herleiten. —

Es fragt sich:

War hier an den Obligationen ein Pfandrecht bestellt?

Von welcher Art?

An wen?

§. 194.

CLVII. In der Stadt K. sucht der Ausländer A. um Aufnahme nach und es wird ihm dieselbe von der Armendirection unter der Bedingung gewährt, daß er Caution für den Fall seiner Verarmung bestelle. A. bestellt diese durch Verpfändung einer Schuldforderung an Müller.

Später verfällt A. in Concurs, ohne daß jedoch die Armendirection bereits seinetwegen Auslagen zu seiner Sustentation gehabt hatte. Die Gläubiger des A. machen auch auf die an die Armendirection verpfändete Forderung Anspruch und verlangen, daß sie zur Masse geliefert werde.

Die Armendirection beruft sich dagegen auf die Bestimmung des in K. geltenden Particularrechts, wodurch entschieden ist, daß der Faustpfandgläubiger zur Einlieferung seines Faustpfandes an die Concursmasse nicht verbunden sei.

Steht der A. D. diese Bestimmung hier zur Seite?

Vgl. l. 1. l. 11 pr. D. qui pot. etc. (20. 4) }
l. 4 D. quae res pignori etc. (20. 3). } S. unten zu Nr. 173.

---

§. 195.

CLVIII. Der Oeconom Lenz erborgte von dem Gutsbesitzer Sternberg die Summe von 500 Thalern und räumte demselben, da seine Besitzungen bereits mit Hypotheken überladen waren, zu seiner Sicherheit das Recht der Viehtrift an einem seiner Grundstücke als Unterfand ein. Jene Summe sollte ein Jahr, nachdem sie der Schuldner empfangen, wieder zurückgezahlt werden. Lenz hielt jedoch den Zahlungstermin nicht ein und Sternberg trat daher das Recht der Viehtrift, welches er in der Zwischenzeit für sein eigenes Grundstück ausgeübt, seinem Nachbar, dem Gutsbesitzer Born für die Summe von 500 Thalern ab. Als dieser aber sein Vieh auf L's Grundstück treiben will, wehrt es ihm dieser. Es entsteht hierüber ein Proceß zwischen beiden und L. wendet sich an uns mit der Frage, ob er es sich gefallen lassen müsse, daß B. sein Vieh auf sein Grundstück treiben lasse, indem er dabei bemerkt, die Heerde des B. sei mindestens noch einmal so stark als die des St., auch sei B. nicht sein, des L., Nachbar. Zugleich fragt er noch über einen zweiten Punkt an, er habe nämlich an St. auch den Nießbrauch an einem andern Grundstücke als Unterpfand für eine Schuld von 600 Thalern eingeräumt. Jetzt sei St. gestorben und, wie er höre, seien seine Erben gesonnen, jenen Nießbrauch an den C. zu verkaufen; er frage deshalb an, ob nicht mit dem Tode des St. das Recht an dem Nießbrauche als höchstpersönliches erloschen sei.

Hinsichtlich des ersten Punktes glaubt er mit Zuversicht eine Entscheidung zu seinen Gunsten hoffen zu dürfen, weil er früher in einem ganz ähnlichen Falle gesiegt habe. Es sei nämlich eine Weideservitut, welche dem Gute des A. zugestanden, von D. ausgeübt worden, welcher sein Recht dergestalt von A. hergeleitet, daß er das Recht von A's Gläubiger, dem N., dem es verpfändet war, gekauft. —

CLIX. Die Wittwe Burckart, deren Tochter Friederike, verehelichte Hornschuh, und Caroline Burckart verkauften angeblich als gemeinschaftliche Erben des verstorbenen Georg Burckart, Gasthofsbesitzers

zu X., den von ihm ererbten halben Antheil des Gasthofes zu X. an Christian Hornschuh, den Besitzer der andern Hälfte dieses Gasthofs für 5000 Thaler und behielten sich wegen 1800 Thaler rückständiger Kaufgelder an der verkauften Gasthofshälfte ein Unterpfandrecht vor unter Beobachtung der gesetzlich dazu erforderlichen Förmlichkeiten. Drei Jahre später wurde der erwähnte Gasthof von Hornschuh wieder an den Besitzer des Ritterguts zu B., Freiherr v. Z., verkauft, ohne daß dabei jener Hypothek gedacht worden wäre, vielmehr bezahlte der Käufer die ganze Kaufsumme von 10000 Thalern baar an H.

Darauf macht im J. 1840 Caroline B. nicht gegen den in Concurs gerathenen H., sondern gegen v. Z. mit der actio hypothecaria ihre Hypothek an der Gasthofshälfte wegen des ihr gebührenden Antheils an dem restirenden Kaufgelde, also wegen 600 Thaler, geltend. Der Beklagte setzt seinen auctor Christian Hornschuh hiervon in Kenntniß und dieser räth ihm, in seinem Namen folgende Gegenforderungen geltend zu machen:

1) Er habe auf ausdrückliches Verlangen der Klägerin und ihren Miterbinnen ein von ihrem Erblasser, B., geschuldetes Darlehn nach dessen Tode, nachdem die Erben bereits zur Bezahlung rechtskräftig verurtheilt gewesen, für diese bezahlt. Der auf die Klägerin fallende Antheil betrage 106 Thaler.

2) Derselbe Georg Burckart habe von ihm zur Erkaufung des Gasthofes in B. ein Capital von 3000 dargeliehen erhalten und bis zu seinem Tode nicht zurückbezahlt. Davon müsse Klägerin 1000 Thaler tragen.

3) Endlich habe er auch zum Begräbniß des G. B. 20 Thaler hergegeben.

Der Beklagte machte diese Einreden geltend; es wird ihm aber entgegengestellt, die Klägerin sei nur eine uneheliche Tochter Burckart's, auch von ihm nicht zur Erbin eingesetzt, sondern nur mit einem Vermächtnisse von 800 Thalern bedacht worden.

In seiner Duplikschrift bestreitet der Beklagte diese Behauptung; für den Fall jedoch, daß sie bewiesen würde, müsse, seiner Meinung nach, die Klage aus einem andern Grunde als ganz unstatthaft erscheinen. Dann würde nämlich

1) die Forderung des Kaufgelds unzulässig sein, weil die Klägerin als Nichterbin einen Erbtheil an dem Gasthofe nicht habe verkaufen können, man möge diesen Erbtheil als eine res aliena oder als eine nicht existirende Sache betrachten, denn ein ihr zustehender Erbtheil hätte ja dann nie existirt.

2) Abgesehen von der Existenz der Forderung würde dann schon aus selbstständigen Gründen das Bestehen eines Pfandrechts zu läugnen sein. Ein solches hätte nämlich vom Käufer nur unter der Voraussetzung bestellt werden können, daß er durch den Kauf Eigenthümer geworden. Dies konnte er aber nur, sofern die Verkäuferin wirklich Erbin war.

Es sollen folgende Fragen beantwortet werden:

1) Kann v. Z. die angegebenen Einreden aus der Person H's geltend machen, vorausgesetzt, daß dieser es könnte?

2) Ist der Klägerin der Beweis, daß sie nicht Erbin B's sei, aufzulegen, oder ist diese Behauptung irrelevant?

3) Wie wäre zu entscheiden, wenn der Beklagte die Behauptung, daß die Klägerin keinen Antheil an dem Gasthofe gehabt, selbst als Einrede geltend gemacht hätte?

4) Wie, wenn der Beklagte selbst dem B. die 3000 Thaler zum Ankauf des Gasthofs vorgeschossen und sich ein Pfandrecht dafür an dem Gasthofe vorbehalten hätte? —

§. 197.

CLX. Schulze hatte im J. 1820 bei Ludwig ein Darlehn von 10000 Thlrn. aufgenommen und diesem dafür sein ganzes Vermögen vermittelst eines Privatscheins verpfändet. Am 1. October 1821 erhielt derselbe Schulze ein Darlehn von 4000 Thalern von Fink, wofür er demselben das Haus seines Oheims M., für den Fall, daß er Erbe desselben werden sollte, verpfändete. Dieses Pfandrecht wurde in einer gerichtlich aufgenommenen Urkunde ertheilt. Am 6. Juni 1823 starb der Oheim Schulze's und der letztere wurde Erbe desselben und damit auch Eigenthümer des erwähnten Hauses. Im J. 1827 verfällt Schulze in Concurs. Seine Activa bestehen einzig in dem vom Oheime ererbten Hause. Ludwig und Fink sind die beiden Hypothekengläubiger, welche auch im Concurse ihr Pfandrecht geltend machen. Jeder derselben schreibt sich aber die Priorität des Pfandrechts zu und es fragt sich deshalb, wie in dieser Beziehung zu erkennen sei? —

CLXI. Als der Gastwirth Schimmel i. J. 1844 zahlungsunfähig geworden, schlossen seine Gläubiger am 10. Juni 1844 einen Nachlaßvertrag, wonach jede Forderung um 10 Procent vermindert werden sollte. Schon drei Wochen vor diesem Nachlaßvertrage war aber Schimmel einem anderen Gläubiger, Müller, zur Zahlung von 800 Thalern verurtheilt und 8 Tage darauf die Hülfsvollstreckung angeordnet worden. Dieselbe kam jedoch erst nach Abschluß jenes Nachlaßvertrags zur Ausführung und zwar wurde nun vom Schuldner mit Bezug auf diesen Nachlaß dawider protestirt. Müller behauptet dagegen seinerseits, er als hypothekarischer Gläubiger brauche sich dem Beschlusse der andern Gläubiger, an welchem er sich nicht betheiligt hatte, nicht zu fügen. Insbesondere hebt er dabei hervor, die Execution sei dadurch verzögert worden, daß der Schwiegervater des Schuldners die Mobilien als sein Eigenthum beansprucht habe.

l. 13 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5) Gajus:

Quamvis possessa non sint bona, quia forte nihil fuerit, quod possideatur, aut *sine controversia* non possideatur, creditor, qui in possessionem missus est, *perinde habetur, ac si etiam possessa bona fuissent.* —

---

§. 201.

CLXII. Der Restaurateur Häntzelmann hatte in dem Hause des Kaufmanns Schulze ein Local zum Betriebe einer Restauration miethweise inne. Bei Auflösung dieses Verhältnisses blieb H. mit 750 Thlrn. als dem Miethzins für das letzte Jahr im Rückstande. Der Vermiether machte daher sowohl deshalb als wegen Ersatz für Beschädigungen von seinem gesetzlichen Pfandrechte Gebrauch, indem er sowohl die von H. eingebrachten Mobilien, als auch die im mitvermietheten Keller lagernden Weine zurückbehielt. Die erstern werden ihm jedoch von der Wirthschafterin H's, Marie W., abverlangt, welche ein halbes Jahr früher dem H. seine sämmtlichen Mobilien für 500 Thlr. abgekauft hatte, wobei verabredet worden, daß H., welcher 480 Thlr. ausgezahlt bekommen, für den Rest die Sachen noch ein Jahr lang in Miethe behalten solle. Den im Keller lagernden Wein nimmt der Weinhändler Wenzel als sein Eigenthum in Anspruch. Es war nämlich zwischen H. und Wenzel ein Vertrag geschlossen worden, nach dessen Inhalt der letztre (Wenzel) in dem Restaurationslocale Häntzelmaun's ein Lager mehrerer Weine etabliren, das ganze Weinlager unter seinen Verschluß nehmen, den Verkauf der Weine nach einer in dem Locole H's aufliegenden Weiukarte selbst besorgen und den Erlös dafür in seiner Verwahrung erhalten, dagegen aber dem H. von dem Verkauften ein Pfropfengeld bezahlen sollte, ohne alle weitere Vergütung für Provision, Lagermiethe oder dergleichen. In Folge dieses Vertrags hatte W. das Weinlager in dem von H. gemietheten Keller etablirt und der jetzt noch darin lagernde Wein ist lediglich von Wenzel dahin geschafft worden.

Wie ist zu entscheiden? Der Advocat der Marie W. beruft sich u. A. auf

l. 9 D. in quibus causis pignus etc. (20. 2) Paulus:

Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur; quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur. Tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus et derisus Nerva ICtus, qui per fenestram monstraverat, servos detentos ob pensionem liberari posse.

Vgl. a. l. 6 eod.: — certe libertati hujusmodi pignus non officit etc. (Ulpianus). —

S. a. unten Nr. CLXXI und CLXXVI.

---

§. 202.

CLXIII. Die Wittwe Hinrichs hatte ihren Garten zuerst dem Handelsmann Reuter für eine Forderung von 200 Thalern, dann ein Jahr später dem Gastwirth Stern für 150 Thlr. verpfändet. Bei dem Tode der Wittwe machte es sich, weil die von ihr eingesetzte Testamentserbin die Erbschaft nicht antrat, nöthig, eine Curatel der ruhenden Erbschaft anzuordnen. Bei der darauf erlassenen Vorladung

der Gläubiger meldete u. A. auch Reuter seine Forderung an. Da auf geschehene Vorladung gesetzliche Erben nicht auftraten, so wurde für den Nachlaß ein Curator bestellt und dieser schritt auf Anlaß Reuter's zum Verkaufe des Gartens, in Folge dessen derselbe dem Gärtner Wohlgemuth zugeschlagen wurde, mit Anweisung, den Zuschlagspreis von 200 Thalern an Reuter zu zahlen. Dieser verlangt nunmehr Löschung der Hypotheken im Hypothekenbuche und zwar nicht nur der Hypothek Reuter's, sondern auch der dem Gastwirth Stern bestellten, weil durch den Verkauf des Pfandes auf Antrag des Nächstberechtigten, d. h. des ersten Gläubigers, hier des Handelsmanns Reuter, auch das Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers aufgehoben werde. — Dagegen protestirt jedoch Stern.

Worauf könnte der Letztere sich stützen bei diesem Widerspruche?

CLXIV. Das Haus des Fabrikanten Wild war zur Hälfte dem Dr. Zimmer, zur andern dessen Bruder dem Kaufmann Zimmer, jedem für ein Kapital von 3000 Thalern verpfändet. Eines Tages kam Wild zu dem Kaufmann Z., um ihn zu fragen, ob er einwillige, daß W. das Haus an T. für 7000 Thaler verkaufe, so daß die Hypotheken durch den Kaufpreis getilgt würden. Der Kaufmann Z. hatte Nichts dagegen einzuwenden; an seinen Bruder Dr. Z., welcher abwesend war, wandte sich W. schriftlich, benachrichtigte ihn von dem beabsichtigten Verkaufe mit Löschung der Hypotheken und fügte hinzu, wenn er binnen 14 Tagen keinen Widerspruch einlege, so werde man annehmen, daß er stillschweigend seine Zustimmung gebe; es erfolgte jedoch keine Antwort von Seiten des Dr. Z.

Noch ehe es zum Verkaufe kam, starb W., beerbt von zwei Söhnen, deren einem, M., welcher 17 Jahre alt war, der C. zum Vormund bestellt wurde. Von dem ältesten wurde darauf das Haus mit Zustimmung des C., jedoch ohne obrigkeitliches Decret, an den Kaufmann Obermüller verkauft. Dieser verlangt Löschung der Hypotheken; allein es wird ihm

1) von Dr. Z. entgegengesetzt, daß er seinerseits gar nicht zugestimmt habe;

2) von beiden Brüdern Z., daß das Eigenthum noch gar nicht auf ihn, O., übergegangen, weil er den Kaufpreis noch nicht bezahlt, bis zur Bezahlung desselben aber sich die Verkäufer das Eigenthum vorbehalten hatten. Ueberdies sei der Verkauf der einen Hälfte, des M., ungültig gewesen. —

Inzwischen sind 10 Jahre verflossen. O. verlangt daher Löschung der Hypotheken aus dem Grunde, weil das Haus als freies ersessen sei.

---

§. 203.

CLXV. Der Bauer Wenkel verpfändete i. J. 1833 für eine Schuld von 200 Thalern einen Acker an den Rath Greiner. Im J. 1839

verkaufte W. den Acker an Schreiber, der ihn an Schmidt verpachtete.

Als darauf i. J. 1847 Greiner seine Forderung ausklagte, brach unmittelbar nachher der Concurs über W. aus und G. konnte Nichts erhalten. Er trat daher 1850 mit der actio hypothecaria gegen Schreiber auf Herausgabe des verpfändeten Ackers auf; es kam auch in Folge dessen zum Verkauf des Ackers, allein es wurden aus demselbeu nur 130 Thaler gelöst.

Jetzt erfährt Greiner, daß der Pächter des Ackers, Schmidt, noch Frucht besitze, die er auf dem fraglichen Acker gezogen. Er stellt also von Neuem die actio hypothecaria, jetzt aber auf Herausgabe der noch vorhandenen Früchte an. Das Pfandrecht an der Hauptsache erstrecke sich auch auf alle Accessionen und Erzeugnisse derselben.

Hat es Einfluß auf die Entscheidung, ob Schreiber von dem Pfandrechte wußte oder nicht?

Zu vergleichen:

Paul. sent. II. 5. §. 2.

Fetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur*), nisi hoc inter contrahentes convenerit.

l. 1 §. 2 D. de pignorib. (20, 1) Papin.:

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur; pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur. Quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

l. 13. pr. eod. Marcianus:

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur tenentur; sed etsi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori obligabitur.

l. 26 §. 2 D. eod. Modest.:

Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit. Heredes ejus praediis inter se divisis, illis mancipiis defunctis, alia substituerunt; creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis, emtor vindicare recte possit? Modestinus respondit: si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.

l. 29 §. 1 D. eod. Paulus:

Si mancipia in causam pignoris ciciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus. Ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.

l. 16 §. 4 eod. Marcianus:

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata

*) Siehe hierzu Huschke, Studien I. S. 370.

sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit.

c. 3 Cod. in quib. caus. pign. (8. 5):

Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credentur tacita pactione inesse; praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli Prudentium placuit.

CLXVI. Dr. Albrecht verpfändete dem Commissionär Lucius seine Sammlung von Medaillen für 850 Thaler, wovon er 250 Thaler in Gold, das Uebrige in cursirender Silbermünze ausgezahlt erhält. Als er das Jahr darauf wegen erlittenen Brandschadens sich wieder in Geldverlegenheit befand, beschloß er, die Medaillensammlung zu verkaufen. Er brachte die geliehenen 850 Thaler zusammen und offerirte sie, 250 Thaler in Gold, das Uebrige in Silbermünze dem L., um die Sammlung für 1850 Thaler an X., der sie zu diesem Preise nehmen wollte, zu verkaufen.

L. nahm jedoch von dem offerirten Gelde bloß die 250 Thaler in Gold an, die Annahme des Uebrigen verweigerte er unter dem Vorgeben, er müsse es in denselben Münzsorten wieder erhalten, in welchen er es dargeliehen und dies sei zum Theil in anderen Münzsorten geschehen.

Albrecht sieht sich dadurch genöthigt, mit der actio pigneratitia directa auf Rückgabe der verpfändeten Medaillen gegen Anerbieten der Zahlung des Restes von 600 Thalern in beliebiger cursirender Silbermünze zu klagen. In Folge dieser Klage wird auch wirklich Lucius dem Petitum gemäß zur Auslieferung der Medaillen gegen Rückzahlung des Darlehnrestes verurtheilt und ein Termin für diese Auslieferung angesetzt. Dabei zeigt sich aber endlich die Ursache, warum Lucius die Auslösung der Medaillen von Seiten des Albrecht so lange hinzuziehen gesucht. Er hatte nämlich das Siegel des Beutels erbrochen und von den 1600 Medaillen 1200 an den Kaufmann Schuster für 1100 Thaler, 400 aber an den Apotheker Geistmann für 350 Thaler versetzt.

Albrecht wünscht jetzt zu wissen, gegen wen er wohl am Sichersten und am Vortheilhaftesten klagen könne? — Gegen Schuster und Geistmann zu klagen, hält er deshalb für ungünstig, weil er dann statt der von L. empfangenen 850 Thaler gar 1450 Thaler bezahlen müßte oder wenigstens 1200 Thaler; denn wenn man auch sagen könne, Schuster dürfe nicht mehr verlangen, als wofür die Sache dem ersten Gläubiger verpfändet sei, so könne er doch diese vollen 850 Thaler verlangen, weil jeder Theil des Pfandobjects für die ganze Forderung hafte. Außerdem aber könne natürlich Geistmann seine vollen 350 Thaler ersetzt verlangen, da dieser Betrag die ursprüngliche Forderung ja gar nicht übersteige.

Vortheilhafter und sicherer erscheine ihm die Klage gegen Lucius. Derselbe müsse ihm nicht nur für Rückgabe der sämmtlichen Medaillen oder ihres Werths stehen, sondern auch für das volle Interesse, mithin

müsse er jedenfalls im Ganzen 1850 Thaler mit Zinsen von Zeit der geschehenen Oblation des Geldes an erhalten, denn zu diesem Preise habe X. ihm die Sammlung abkaufen wollen, ja der Kaufvertrag sei bereits geschlossen geweseu; weil er aber nicht zur bestimmten Zeit die Sache habe abliefern können, so sei er in eine Conventionalstrafe von 100 Thalern verfallen; überdies sei der Kaufvertrag deshalb in Folge eines vorher geschlossenen Nebenvertrags als aufgelöst zu betrachten. Jene 100 Thaler verlangt er überdies auch noch erstattet. — Nur bezweifelt er, daß Lucius solvent sei. Wie dann?

§. 205.

CLXVII. Der Lieutenant v. Z. gab dem Handelsmanne **Umbreit** für eine Forderung desselben im Betrag von 75 Thalern seine Taschenuhr und einen Ring als Unterpfand und gestattete dabei ausdrücklich, sofort zum Verkaufe zu schreiten, wenn zur bestimmten Zeit (den 1. Mai) die Zahlung nicht erfolgen würde. Noch vor dem Termin, der für Rückzahlung der 75 Thaler festgesetzt war, begehrte v. Z., von seinen Gläubigern bedrängt, ein Moratorium und es wurde daher von Seiten des Gerichts eine Edictalcitation erlassen, worin sämmtliche Gläubiger sub poena praeclusi auf den 30. März vorgeladen und verboten ward, mit den allenfalls zur Deckung erhaltenen Pfändern eine Veräußerung vorzunehmen. Umbreit meldete sich jedoch am 30. März nicht, sondern ließ am 1. Mai, als dem Verfalltage der Schuld den Schuldner v. Z. mahnen, wendete sich, von demselben an den Massecurator gewiesen, an diesen, und da der Letztere ihn bedeutete, die Liquidation der Forderung sei unterblieben und könne daher von einer Berücksichtigung derselben keine Rede mehr sein, so veräußerte er noch am Vormittage des 1. Mai Uhr und Ring für 75 Thaler.

Der Massecurator erhob deshalb Klage gegen ihn und trug auf Präclusion der Forderung, sodann Herausgabe des Faustpfandes an. Vor gerichtlicher Entscheidung des Processes wurde indessen das Moratorium zurückgenommen, die Curatel aufgehoben und der Schuldner in die selbstständige Verwaltung seines Vermögens wieder eingesetzt und nunmehr begehrt der Schuldner gegen Bezahlung der 75 Thaler die Zurückstellung des Faustpfandes oder volle Entschädigung. — Er bestreitet die Gültigkeit der am 1. Mai vorgenommenen Veräußerung hauptsächlich aus folgenden 3 Gründen:

1) weil er, der Schuldner, rechtlich gehindert, zu bezahlen, nicht in mora, folglich auch der Creditor zu verkaufen keineswegs befugt gewesen;

2) weil die Veräußerung noch vor Ablauf des Zahlungstermins Statt gefunden;

3) weil eine Veräußerung gegen das richterliche Verbot als nichtig angesehen werden müsse. —

Was ist über diese 3 Gründe zu sagen?

c. 5 Cod. de distr. pign. (8. 28):

Si residuum debiti *paratus es solvere*, praeses provinciae dabit arbitrum, apud quem, quantum sit, quod superest ex debito, examinabitur. Et sive ad judicem venire adversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit, *improba alienatio proprietatis tuae jus non aufert.*

c. 8 Cod. eod.:

Si priusquam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione eam deposuisti, et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. *Quod si prius quam offerres, legem venditionis excercuit, quod jure subsistit, revocari non debet.*

Findet eine dieser beiden Stellen auf unsern Fall Anwendung? —

CLXVIII. Dem Kaufmann Schäbel war von dem Oeconomen Brückner ein Grundstück desselben, welches der D'schen Gutsherrschaft lehnpflichtig ist, verpfändet worden; doch war zu dieser Verpfändung der lehnsherrliche Consens nicht eingeholt worden. Auf Betreiben Schäbel's wurde später dieses Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung zum Verkaufe gebracht und in Folge davon dem Müller Breithaupt zugeschlagen. In dem Zuschlagsbescheide wurde ausdrücklich bemerkt, es habe der Adjudicatar (der schon vor dem Zuschlage von der Lehensqualität unterrichtet worden) für anderweite Belehnung Sorge zu tragen; B. sorgte nicht dafür, deponirte aber den Zuschlagspreis, wovon dem Gläubiger Schäbel der Betrag seiner Forderung ausgezahlt wurde, der sich auf 500 Thaler belief.

Als darauf das Grundstück von der D'schen Gutsherrschaft dem B. evincirt wurde, klagt derselbe gegen Schäbel auf Erstattung der 500 Thaler, die S. empfangen.

Zu bemerken ist, daß auch Schäbel die Lehensqualität des Grundstücks gekannt hatte.

Ist die Klage statthaft? —

§. 207.

CLXIX. Der Landwirth Kummer hatte mit dem Gutsbesitzer Pohl am 22. Dec. 1838 einen schriftlichen Vertrag abgeschlossen, vermöge dessen sie übereinkamen, daß Letzterer in der ersten Hälfte des Monats Januar 1839 dem Erstgenannten ein Kapital von 900 Thalern darleihen solle, und zwar sollte Kummer dieses Kapital mit 5 Procent verinteressiren und dem Darleiher zu dessen Sicherstellung eine Hypothek an seiner Besitzung in Stephanshausen einräumen. Für den Fall aber, daß Kummer mit Abzahlung der Zinsen sich säumig erweisen und mit einem Zinstermine acht Tage in Rückstand bleiben würde, sollte derselbe gehalten sein, seine Besitzung in St. mit sämmtlichem Inventar, auch etwa vorhandenen Vor-

räthen, Vieh, Schiff und Geschirr für den Preis von 1075 Thalern dem Gläubiger erb- und eigenthümlich zu verkaufen. Kummer empfing darauf auch wirklich von Pohl das versprochene Darlehn, ja sogar 100 Thaler mehr und verpfändete nun wegen dieser 1000 Thaler mit obrigkeitlichem Consense dem Gläubiger seine gedachte Grundbesitzung. Dabei wurde abermals festgesetzt, daß die Zinsen zu 5 Procent in vierteljährlichen Terminen und zwar allemal den 15. April, 15. Juli, 15. October und 15. Januar an den Darleiher abgeführt werden sollten. Schon am 15. Mai 1839 trat nun Pohl, da Kummer gleich den ersten Zinstermin unberichtigt gelassen hatte, gegen denselben mit einer Klage hervor, mittelst deren er das ihm in dem erwähnten Vertrage vom 22. Dec. 1838 eventuell eingeräumte Recht auf eigenthümliche Ueberlassung der Kummer'schen Besitzung in St. geltend zu machen versuchte.

Der Beklagte hielt ihm entgegen, jener Vertrag sei als lex commissoria zu betrachten, eine Verabredung, die bekanntlich bei einer Verpfändung unstatthaft sei. Diesem Einwand gegenüber beruft sich der Kläger auf

l. 16 §. ult. D. de pignor. (20. 1) (Marcianus):

> Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat eam rem justo pretio tunc aestimandam. Hoc enim casu videtur *quodammodo conditionalis esse venditio;* et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

In dieser Stelle, welche Justinian gewiß nicht aufgenommen hätte, wenn sie einen Widerspruch gegen das in

l. ult. Cod. de pactis pign. etc. (8. 35) Constantinus:

> Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae (pignorum) legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt. —

ausgesprochene Verbot enthielte, sei zwar zunächst nur die Rede von einem Verkaufe für einen dereinst billig zu bestimmenden Preis (*justo* pretio), allein als Grund, warum diese Verabredung zugelassen werde, sei angegeben: Hoc enim casu videtur quodammodo *conditionalis esse venditio.* Diese Begründung passe auf den hier vorliegenden Fall, wo der Preis gleich bei der Verpfändung bestimmt worden, mit noch größerem Rechte: denn während in jenem von Marcianus besprochenen Falle wegen Mangels an einem *certum* pretium nur gesagt werden konnte: *quodammodo* conditionalis venditio, so könne dagegen hier, eben weil der Preis gleich von Anfang an bestimmt gewesen, wirklich ein bedingter Verkauf angenommen werden.

§. 208.

CLXX. Der Handelsmann Levi hatte in den Jahren 1811—1813 der Westphälischen Regierung Lieferungen für das Militär gemacht, wofür er die Summe von 30000 Thalern in Anspruch nahm. Von der restaurirten Regierung wurde dieser Anspruch i. J. 1829 endlich durch ein Rescript des Landesherrn anerkannt und die Staatskasse zur Berichtigung desselben angewiesen.

Da Levi dem Kaufmann Mult 12000 Thlr. schuldete, so verpfändete er demselben nun seine Forderung an die Staatskasse, indem er ihm jenes landesherrliche Rescript, durch welches die Forderung für Lieferungen anerkannt worden war, einhändigte. Mult seinerseits stand in Geschäftsverbindungen mit dem Handlungshause Zeter in L. und schuldete diesem daraus eine Summe von 10000 Thlrn. Er überschickte daher dem genannten Hause die ihm von Levi eingehändigten Papiere mit der Erklärung, daß er seinem Gläubiger das Pfandrecht, das ihm selbst an der Forderung des Levi zustehe, hiermit verpfände. Zeter erklärte sich damit zufrieden und theilte dem Handelsmann Levi diese Uebereinkunft schriftlich mit.

Im J. 1836 brach über das Vermögen des Kaufmanns Mult der Concurs aus. Zeter, welcher sich durch die Papiere, die er noch immer in Händen hatte, hinlänglich gesichert glaubte, meldete sich nicht in demselben. Als er nun einige Zeit darauf sich an Levi wandte, um befriedigt zu werden, erklärte dieser ihm, er (Zeter) habe jetzt keine Forderung mehr — theils weil er sich nicht im Concurse gemeldet, theils weil die Forderung des Mult an Levi durch einen Vergleich des Letztern mit den Concursgläubigern getilgt sei. Ein Pfandrecht an einem Pfande dauere aber natürlich nur so lange, als das Forderungsrecht bestehe, wofür jenes Pfand bestellt worden sei.

c. 1. Cod. si pign. pign. (8. 24):

Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit.

Zeter wünscht nun von uns zu wissen, ob und auf welche Weise er noch zu klagen befugt sei, da der Vergleich Levi's mit den Concursgläubigern M's über dessen Forderung in Wahrheit beruhe. —

CLXXI. Der Goldarbeiter Rudolph Umbreit miethet von dem Hausbesitzer Sporn einen Theil der unteren Etage für die Werkstatt und den Laden zu dem jährlichen Miethzinse von 300 Thlrn. Um ihn zu unterstützen, ließ sein Bruder, Georg U., Mehreres bei ihm arbeiten, das er dann in seinem eigenen Laden verkaufte. Als aber später Rudolph U. in immer schlechtere Umstände gerieth, so daß er den Laden nicht mehr halten konnte, miethete zu Ostern 1841 sein Bruder Georg ihm denselben für 350 Thlr.

jährliches Miethgeld ab, wobei festgesetzt wurde, es solle auf dieses Miethgeld eine Darlehnsschuld des Rudolph U. an Georg U. im Betrag von 500 Thlrn. bis zu deren Abtrag angerechnet und beides compensirt werden. — In der Regel verkaufte er darin zwar nur diejenigen Sachen, welche der frühere Inhaber, Rudolph, in seiner Werkstatt fabricirt, zu solchen Zeiten jedoch, wo besondere Nachfrage nach derartigen Artikeln Statt fand, schickte er, um den Laden besser auszustatten, auch solche Waaren, die er auf eigne Rechnung selbst fabricirt oder hatte anfertigen lassen, dorthin; Abends wurden sie dann regelmäßig wieder an ihren ursprünglichen Bestimmungsort zurückgeschafft.

Ostern 1843 stirbt Rudolph U. und Sporn verlangt von dessen Erben als rückständiges Miethgeld 500 Thaler. Er will deshalb sämmtliche in dem Laden vorräthige Waaren jure hypothecae in Anspruch nehmen, auch diejenigen, welche Georg U. nur vorübergehend hatte dorthin schaffen lassen und die aus Vergeßlichkeit dort liegen geblieben waren. Er will sich daraus nicht nur für 300, sondern für 350 Thaler befriedigen, weil auf diese letztere Summe Georg dem R. gegenüber hafte. Dieser aber, der Bruder, hafte ihm sogar für 500 Thaler. —

l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) Marcianus:

Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, *quatenus utraque pecunia* debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non; quid enim si *res* soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem *pecuniam* debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum, si vero *corpus* is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

CLXXII. Ahrens schuldete an Binder 900 Thlr., wofür er ihm 11 Stück Actien der Thüringischen Eisenbahn verpfändete, die damals mit 80 Thlrn. bezahlt wurden. Einige Zeit darauf kam A. zu B. und ersuchte ihn, die Actien ihm auf einige Zeit zu überlassen, um die Zinsen zu erheben, er wolle ihm dafür zu seiner Sicherheit Wechsel auf verschiedene Handlungshäuser im Betrag von 1050 Thalern einhändigen. B. ging darauf ein, überlieferte dem A. die Actien und empfing dafür die Wechsel.

Einige Zeit darauf entfernt sich A. nach Amerika und B. erfährt auf Nachfrage, daß er die Actien an C. veräußert habe, der sie noch besitze. Diese Actien waren in der Zwischenzeit um 15 Procent gestiegen.

Binder ist nun über den einzuschlagenden Weg sehr im Zweifel. Die Actien scheinen ihm sicherer als die Wechsel. Er verlangt daher zu wissen, ob er auf Herausgabe derselben gegen C. klagen könne? Wenn dies aber nicht statthaft sei, so glaubt er doch, den Betrag der Wechsel bis zu 1045

Thalern behalten zu dürfen, denn so viel würde er jetzt für die 11 Actien bei ihrem jetzigen Course bekommen. —

§. 210.

CLXXVIII. Im August 1845 wandte sich der Kaufmann Westhof an seinen Freund Stolberg, einen der Mitdirectoren der Rentenversicherungsanstalt zu X., mit der Bitte, ihm aus den Fonds der Anstalt ein Kapital von 16000 Thlr. zu 4 Proc. gegen erste Hypothek auf sein Haus zum 1. October zu leihen. Stolberg trug dieses Gesuch vor und die Direction beschloß, dasselbe zu gewähren, wovon Stolberg sofort seinem Freunde Mittheilung machte, indem er ihn zugleich von dem dabei zu beobachtenden Geschäftsgange in Kenntniß setzte. Westhof erklärte sich mit allen ihm dadurch auferlegten Pflichten (wohin namentlich gehörte, daß das Kapital auf 5 Jahre unkündbar stehen bleibe) einverstanden und in Folge davon wurde am 1. September der erwähnten Rentenanstalt eine gerichtliche Hypothek an dem Hause des W. bestellt, doch erfolgte die Auszahlung des Kapitals der Verabredung gemäß erst am 1. October. — Als W. später in Concurs verfiel, erhob sich Streit zwischen der Rentenanstalt und dem Banquier Berner, welchem von Westhof an demselben Hause am 15. September für ein an demselben Tage ausgezahltes Kapital von 8000 Thalern eine Hypothek bestellt worden war.

Welche Hypothek hat die Priorität vor der andern?

Zu berücksichtigen:

l. 11 pr. D. qui pot. in pign. etc. (20. 4) (Gajus):

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit. Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

l. 4 D. quae res pign. etc. (20. 3) (Paulus):

Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est: et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

l. 1 D. qui pot. (Papin.):

Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique so-

lutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

§. 1. Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numeraret ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est*).

CLXXIV. Bei dem über das Vermögen der Fabrikbesitzer L. und G. Fischer ausgebrochenen Concurse erhob sich hinsichtlich der Priorität ein Streit zwischen dem Gutsbesitzer Tümpel, welchem für ein Darlehn von 4000 Thalern im Februar 1833 eine Hypothek an der Fabrik Fischer's eingeräumt worden war und dem Handlungshause Günther & Comp., welches letztere sich für seine Priorität auf eine von Fischer ausgestellte Urkunde berief, welche folgendergestalt lautete:

„Nachdem sich im Laufe einer mehrjährigen Geschäftsverbindung mit „Herrn J. F. Günther als alleinigem Inhaber der Handlung Günther & „Comp. in L. ergeben hat, daß der Credit, welchen uns derselbe seit„her ertheilt hat, sich gewöhnlich auf eine Summe von ungefähr 7000 „Thalern in Conventionsgeld erstreckt, unsere Absicht aber dahin ge„richtet ist, genanntem Herrn G. in Hinsicht seines jedesma„ligen Guthabens für die Dauer unsrer Geschäftsverbindung sicher „zu stellen, so wollen wir demselben hiermit und kraft dieses an unsrer „zu B. gelegenen Spinnfabrik ein Unterpfandsrecht über Sieben„tausend Thaler Conv.-Geld dergestalt einräumen, daß Herr G. be„fugt sein soll, den Betrag von 7000 Thlrn. C.-M. nach vorgängiger „halbjähriger Aufkündigung bei uns zu erheben und selbigen von dem „durch den uns ertheilten Waarencredit ihm zustehenden Guthaben, da„fern solches die vorbezeichnete Summe von 7000 Thalern C.-G. über„steigen sollte, zu kürzen. Inwiefern sich jedoch dieser Waarencredi„mit der Zeit vermindern und Herr G. bei der in seine Willkür ge„stellten Aufkündigung volle 7000 Thaler bei uns nicht zu fordern „haben sollte, so ist auch derselbe ein Mehreres, als er aus seiner Ge„schäftsverbindung mit uns zu fordern hat, zu erheben und das einge„setzte Unterpfand diesfalls in Anspruch zu nehmen nicht berechtigt, „wobei zu bemerken ist, daß der Umfang einer diesfälligen Verbindlich„keit nach der letzten, uns von Zeit zu Zeit von Herrn G. & Comp. „rücksichtlich unsrer Geschäftsverbindung zukommenden Rechnung ermit„telt werden soll. —

Fritzhausen, den 13. Aug. 1832. Ludwig Fischer. Georg Fischer."

Günther wies außerdem nach, daß am 20. Februar, an welchem Tage die Urkunde über die Hypothek Tümpel's ausgestellt wurde, sein

---

*) Ueber diese Stelle s. u. A.: Cujacius in lib. VIII. Quaest. Papin. h. l. Averanius interpr. II. c. 12.

Guthaben nach Abzug aller bis dahin erhaltenen abschläglichen Zahlungen die Höhe von 7260 Thlrn. erreicht, daß er aber zur Zeit der von den Gebrüdern Fischer geschehenen Güterabtretung (im J. 1840) eine Forderung von mindestens 8103 Thlrn. gehabt habe. Er verlangt nun die Priorität vor Tümpel nicht bloß für 7000 Thlr., sondern für die ganze Forderung von 8103 Thlrn., oder mindestens für 7260 Thlr., weil in dem producirten Documente die Summe von 7000 Thlrn. nur als Durchschnittssumme erwähnt sei. Die Absicht sei aber, wie ja auch ausdrücklich darin ausgesprochen sei, „darauf gerichtet, Herrn G. in Hinsicht seines jedesmaligen Guthabens für die Dauer der Geschäftsverbindung sicher zu stellen." Außer der Fabrik selbst nimmt G. auch die Maschinen, die dabei gebraucht worden, als Pertinenzen der Fabrik für sein Pfandrecht in Anspruch.

Tümpel dagegen will ihm nicht einmal für 7000 Thlr. eine Priorität einräumen, weil das Guthaben, welches G. am 20. Februar 1833 an die Gebrüder F. gehabt, zur Zeit der Eröffnung des Concurses längst wieder durch Zahlung getilgt gewesen sei. Das jetzige Guthaben aber sei erst nach dem J. 1833 entstanden.

Günther bestreitet diese Behauptung nicht, beharrt jedoch auf seinem Anspruche, den er besonders dadurch begründen zu können glaubt, daß das für frühere Forderungen bestellte Pfandrecht auf die späteren Forderungen ausgedehnt werden müsse. Da eine Novation nicht präsumirt werden dürfe, so müsse auch das alte Pfandrecht noch als fortbestehend für die neue Rechnung gelten, wenn nicht eine ausdrückliche Verabredung des Gegentheils nachgewiesen werde. —

CLXXV. Die Ehefrau des Kaufmanns F. zu P. im Königreich Sachsen hatte bei ihrer Verheirathung i. J. 1811 700 Thlr., ferner i. J. 1816 2000 Thlr. und 100 Thlr., welche ihr im Testamente des X. ausgesetzt worden, im J. 1823 inferirt. Im J. 1837 hatte F. ein Grundstück erworben und dasselbe sodann i. J. 1839 dem L. für eine Forderung von 6000 Thlrn. verpfändet.

Als im J. 1842 über F's Vermögen der Concurs ausbrach, entstand Streit über die Priorität hinsichtlich des erwähnten Grundstücks zwischen L. und der Frau des F.

L. beruft sich auf ein Königl. Sächs. Mandat vom 4. Juni 1829, worin es unter §. 1 heißt:

„Vom 1. Nov. 1829 soll Niemand mehr eine stillschweigende Hypothek „erlangen."

In demselben Mandate bestimmen ferner §. 2, 4 und 5, daß einzelne bis zu jenem Tage bereits erlangte Hypotheken bei Kräften bleiben und insoweit sie auf dem ehelichen Verhältnisse beruhen, noch zwei Jahre lang nach dessen Beendigung völligen Bestand haben sollen.

Auf diese Bestimmung in §. 2, 4 und 5 beruft sich der Anwalt der Frau F.

Entscheidung. Vgl.:

l. 15 §. 1 D. de pign. (20. 1) Gajus:

Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae. —

l. 21 pr. D. qui potiores etc. (20. 4) Scaevola:

Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset. Postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit; item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisivit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. —

l. 7 §. 1 D. eod. Ulpianus:

Si tibi, ***quae habiturus sum***, obligaverim et Titio specialiter fundum, ***si in dominium meum pervenerit***, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem (et) in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit; quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.

l. 28 de jure fisci (49. 19) (Ulpianus):

Si is, qui mihi obligaverat ***quae habet habiturusque esset***, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est; praevenit enim causam pignoris fiscus. —

§. 211.

CLXXVI. Als im J. 1841 über den Tabaksfabrikanten Sternberg der Concurs eröffnet wurde, meldeten sich als Gläubiger

1) der Fiscus

a) mit einer Forderung von 2308 Thlr. Zoll für verschiedene Tabaksquantitäten, welche der Cridar in der Zeit vom 4. Januar bis zum 28. Juli 1841 eingeführt hatte und für welche die Zollgefälle ihm creditirt worden waren;

b) mit 1750 Thlrn., welche der Cridar aus einem (im Jahre 1818 begründeten) Erbpachtverhältnisse, in welchem er früher zum Fiscus gestanden, in den Jahren 1820—1830 rückständig geblieben;

2) der Kaufmann Bencken wegen einer Darlehnsforderung von 3000 Thalern vom Jahre 1824, wofür dem Gläubiger das gegenwärtige

und zukünftige Vermögen des Schuldners und insbesondere das gesammte Tabakslager verpfändet war;

3) die Ehefrau des Cridars verlangt ihr dem St. zugebrachtes Heirathsgut im Betrag von 10,000 Thalern zurück. Erhalten hatte St. dasselbe bereits im J. 1817, die Ehe war aber erst im J. 1819 geschlossen worden;

4) das Hospital zu H. wegen eines Darlehns von 6000 Thalern, das der Cridar im J. 1824 von demselben aufgenommen. Als Zweck war dabei der Ankauf eines Hauses zur Anlegung einer Tabaksfabrik erwähnt worden. Das anzukaufende Haus war für das Darlehn verpfändet worden.

5) Der Zimmermann Muther liquidirt 1600 Thaler auf Grund eines von St. ausgestellten Schuldbekenntnisses vom J. 1837, worin dieser dem M. die genannte Summe für in den Jahren 1835 und 1836 in sein Haus gelieferte Arbeiten schuldig zu sein bekennt.

Unter diesen Liquidanten beanspruchte von dem Erlöse der verkauften Gegenstände, welcher nur 13000 Thlr. betrug,

1) der Fiscus die erste Stelle sowohl wegen des rückständigen Zolls, als wegen der 1750 Thaler aus dem Erbpachtsverhältnisse.

2) Auch die Ehefrau verlangt, mit ihrer Forderung den übrigen absolut vorzugehen, auch dem Fiscus, weil dessen Forderungen später entstanden seien.

3) Der Kaufmann Bencken beansprucht den Vorzug vor dem Fiscus wenigstens rücksichtlich der nach 1824 fällig gewordenen Erbleihpräastanden, welche nach der Liquidation des Fiscus zusammen 1200 Thaler betragen. Der Fiscus dürfe jedoch in diesem Falle überhaupt kein Privilegium geltend machen, denn das ihm zustehende Privilegium wegen Abgaben beziehe sich nicht auf einen Zoll und das Privilegium wegen Contractsforderungen nicht auf dingliche Ansprüche, wie der aus dem Erbpachte. —

4) In Bezug des Gegenstandes, welcher den hauptsächlichsten Theil des Erlöses, nämlich 7000 Thlr., geliefert, des Fabrikgebäudes, verlangen das Hospital und der Zimmermann Muther den übrigen Gläubigern vorzugehen, weil diesen ein generelles Pfandrecht zustehe und es unbillig sein würde, wenn sie nicht zuvor aus den andern Gegenständen ihre Befriedigung suchen wollten, während sie beide auf eine einzelne Sache beschränkt seien. Unter ihnen selbst aber erhebt sich wieder Streit, wer den Vorzug vor dem andern habe. Muther glaubt, da er ein Pfandrecht wegen in rem versio nachweisen könne, so müsse er dem Hospital vorgehen, denn ohne seine Thätigkeit würde das Haus (das im Jahre 1835 zum Theil abgebrannt war) gar nicht in der jetzigen Gestalt existiren und vielleicht nur den vierten Theil des jetzigen Erlöses abgeworfen haben. Von den liquidirten 1600 Thlrn. beruhen 650 Thlr. auf Auslagen an Tischler und Maurer, also von baarem Gelde. Dagegen behauptet das Hospital, wenn dem Gegner überhaupt ein Privilegium zustehe, so müsse der Grundsatz Anwendung finden, daß zwischen gleich Privilegirten das Alter entscheide, mithin die 1824 begründete vor der 1835 entstandenen Forderung den Vorrang habe.

§. 213.

CLXXVII. Den Gebrüdern Julius und Rudolph Wagner gehört ein Grundstück gemeinschaftlich, welches von ihrem Vater dem Kaufmann X. für eine Schuld von 1000 Thalern verpfändet worden war. Julius Wagner hatte überdies seinen Antheil im J. 1833 dem Apotheker Nußbach für 150 Thaler verpfändet. Im J. 1835 wurden beide Brüder von X. auf Zahlung verklagt, — sie wandten sich deshalb an den Advocaten Birnbaum, der ihnen zum Zweck der Abfindung des X. das ganze Grundstück für 1000 Thaler abkaufte; doch blieb den Verkäufern das Wiedereinlösungsrecht innerhalb zweier Jahre vorbehalten. — Zu Anfang des Jahres 1836 nahm Julius Wagner vom Commerzienrath Finkmann 500 Thaler auf, um Birnbaum damit zu befriedigen und löste seinen Antheil von B. ein, bestellte aber dafür dem Erstern eine Hypothek an seiner Hälfte des Grundstücks. Für die von Seiten Rudolph W's (dessen Schuld an X. noch nicht bezahlt war) restirenden 500 Thaler ließ sich Birnbaum im November 1836 von X. dessen Hypothek cediren.

Als darauf später der Apotheker Nußbach wegen seiner 150 Thaler in das Grundstück immittirt und dasselbe auf dessen Antrag öffentlich subhastirt worden war, so erhoben auf den Erlös von 600 Thalern sowohl Birnmann als Finkmann, jeder wegen 500 Thalern Anspruch.

CLXXVIII. Der Wirth Söhnes in X. hatte ein Darlehn von 700 Thalern bei dem Handelsmann Calm aufgenommen und diesem dafür am 27. December 1821 sein ganzes Vermögen verpfändet. Die hierüber gerichtlich aufgenommene Pfandurkunde hatte auch die Ehefrau des Schuldners mit unterschrieben und sich zugleich als Selbstschuldnerin für jene Capitalschuld bekannt. In der Pfandurkunde war auch ausdrücklich von Seiten des Gerichts erklärt, daß sonst keine Hypothek auf den Vermögensstücken hafte. Diese Forderung nebst Pfandrecht cedirte Calm an Pfaul.

Im J. 1837 brach Concurs aus über das Vermögen des Schuldners Söhnes. Pfaul meldete seine Forderung gehörig an und es wurde dieselbe auch zugestanden; allein in Beziehung auf die Priorität seines Pfandrechts entstand ein Proceß zwischen ihm und dem gerichtlich bestellten Curator der Söhnes'schen Kinder als Erben ihrer inzwischen verstorbenen Mutter. Es fand sich nämlich, daß im Hypothekenbuche schon am 4. Juni 1817 eine Hypothek auf sämmtliche Immobilien des Söhnes für 800 Thaler eingetragen war, welche die verstorbene Ehefrau desselben ihm als dos zugebracht hatte. (Zu bemerken ist, daß nach dem X'schen Particularrechte die dos zwar ein gesetzliches, aber kein privilegirtes Pfandrecht hat und daß auch gesetzliche Pfandrechte inscribirt sein müssen.) Vor dieser Dotalhypothek nimmt nun Pfaul eine Priorität in Anspruch:

1) weil in jener Pfandurkunde ausdrücklich das Bestehen einer früheren Hypothek verneint werde;

2) weil die S'sche Ehefrau sich als Selbstschuldnerin bekannt;

3) weil sie die Urkunde mit unterzeichnet habe. Dieses Mitunterzeichnen

enthalte entweder einen stillschweigenden Verzicht auf ihr besseres Pfandrecht oder — wenn dies nicht ihre Absicht gewesen — so erscheine es als eine dolose Handlung, aus welcher ihre Erben keinen Vortheil ziehen dürfen.

Der Curator der S'schen Kinder setzt dem gegnerischen Vorbringen die exc. SCti Vellejani entgegen, indem er sich einzig darauf stützt, daß die Handlung der Frau als Intercession nichtig sei.

Es fragt sich nun

1) wie ist hinsichtlich der Priorität der beiden Pfandrechte zu entscheiden?

2) wenn Pfaul etwa unterliegen sollte, könnte er einen Regreß gegen seinen Cedenten Calm oder gegen den Richter nehmen, welcher die Pfandurkunde ausgefertigt hat? —

§. 215.

CLXXIX. Der Gerber Lohmann nahm von dem Kaufmann Simon ein Kapital von 4000 Thalern auf, wofür er demselben sein Haus verpfändete; außerdem verpfändete auch L's Vater einen Garten für diese Schuld. Nachdem L. später seinen Vater beerbt, veräußerte er den ererbten Garten an den Gastwirth Bursche, das Haus aber an den Dr. Specht. — Später verfiel L. in Concurs, wobei S. mit seiner Forderung leer ausging. Er machte daher seine Hypothek gegen Specht, den Besitzer des verpfändeten Hauses, geltend. Dieser machte von dem jus offerendi Gebrauch, bezahlte die 4000 Thaler, ließ sich aber die Forderung gegen L. cediren. Hierauf stellte er gegen Bursche die actio hypothecaria an.

Der Beklagte verlangt jedoch Abweisung der Klage mit Berufung auf

l. 8 pr. D. de exc. dol. (44. 4):

Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

Er sei nämlich zur Zahlung nur verpflichtet gegen Cession der Forderung. Sei ihm diese aber cedirt, so könne er wieder gegen Specht, den jetzigen Kläger, mit der actio hypothecaria auftreten und von diesem das Gezahlte zurückfordern.

Hierauf erwidert der Kläger, ganz in demselben Falle, wie jetzt der Beklagte, würde er dann sein, wenn dieser gegen ihn klagen würde. Wenn man also dessen Argumentation als richtig annehme, so müsse man auch ihm für den Fall, daß er mit der cedirten Klage belangt würde, die exceptio doli einräumen. Damit falle aber das Argument: dolo facit etc. hinweg.

In seiner Duplikschrift bemerkt der Beklagte, die Deduction des Klägers, falls sie richtig wäre, würde nur beweisen, daß hier ein circulus inextricabilis vorliege und schon deshalb würde die Klage als unstatthaft zurückzuweisen sein.

CLXXX. Auf eine vom Lederhändler Rieder gegen den Schuhmacher Blum angestellte Klage auf Berichtigung des Kaufpreises für gelieferte Lederwaaren wurde der Beklagte verurtheilt und es kam zum Verkaufe der B'schen Immobilien, bestehend in einem Hause und Garten. In dem deshalb eingeleiteten Verfahren wurden angemeldet

1) zwei Darlehnsforderungen der Landescreditcasse zu L. im Betrag von 500 Thlrn., welche B. im Juli 1833 und von 600 Thlrn., welche er im Mai 1835 von der Landescreditcasse aufgenommen und wofür er, neben Verpfändung seines ganzen Vermögens, sein Haus zum Specialunterpfande eingesetzt hatte;

2) eine Darlehnsforderung des Weinhändlers Zinser, welcher dem B. im September 1834 400 Thlr. dargeliehen gegen Verpfändung seines Gartens.

Inzwischen war die Hälfte des Hauses von einem Dritten als sein Eigenthum vindicirt und aus dem Verfahren herausgezogen worden.

Nachdem hierauf die bezeichneten Immobilien (das Haus nur zur Hälfte) versteigert und dabei für das halbe Haus 600, für den Garten 400 Thlr. gelöst worden, entsteht zwischen den Liquidanten und dem Kläger R. Streit hinsichtlich der Befriedigung aus dem Erlöse. Die Landescreditcasse nimmt nämlich den ersten Platz in Anspruch auch für das spätere Capital und auch für den Erlös aus dem Garten, weil ihr dasselbe Privilegium wie dem Fiscus zustehe. Dies folge nämlich daraus, weil nach der hessischen Verfassung der Fiscus für Verbindlichkeiten der Landescreditcasse einstehen müsse. Würde ihr dies nicht zugestanden, so wolle sie wenigstens das spätere Kapital vom Erlös des Hauses, das frühere von dem des Gartens nehmen.

Dagegen behaupten R. und Z.:

1) der Landescreditcasse stehe das Privilegium des Fiscus nicht zu;

2) wenn es ihr aber auch zustehe, so müsse sie sich doch wegen des älteren Kapitals zunächst an ihr Specialpfand halten und könne nur, soweit sie daraus keine Befriedigung erhalten, auf ihr Generalpfand recurriren.

Die Landescreditcasse beharrt bei ihrem Verlangen und fügt hinzu, wenn ihr das privilegirte Pfandrecht des Fiscus abgesprochen und die exc. excussionis zugelassen werden sollte, so könne sie doch nur mit der Hälfte der 500 Thaler auf das Haus verwiesen werden, weil die Hälfte desselben durch Eviction aus dem Verfahren herausgezogen sei. —

Sechstes Buch.

Die Rechte an Handlungen.

Erstes Kapitel. Von der Obligatio überhaupt.

§. 220.

CLXXXI. Der Barbier **Stichling** wollte sich in dem Städtchen W. etabliren und wurde daher mit dem dortigen schon bejahrten Barbier **Storch** einig, daß derselbe ihm seine Barbierstube mit seinen sämmtlichen Kunden abtrete. Da Storch auch zugleich eine Schenkwirthschaft betrieb, die er ebenfalls nun aufgeben wollte, so ließ sich Stichling bereden, auch diese mit zu übernehmen. Er pachtete daher die bis dahin von Storch benutzten Localitäten und da er auch einer besonderen Concession bedurfte, so erbot sich Storch, ihm die seinige zu verkaufen und abzutreten, womit Stichling sich einverstanden erklärte und 84 Thlr. dafür zu geben versprach. Er zahlte ihm diese Summe auch aus und beide begaben sich darauf auf das Rathhaus. Hier leistete Storch vor dem fungirenden Actuar auf die ihm ertheilte Concession Verzicht und Stichling bat um Uebertragung derselben auf seine Person. Auf dieses Gesuch wurde er jedoch abfällig beschieden. Er verlangt daher von Storch die gezahlten 84 Thaler nebst Zinsen zurück, dieser weigert sich jedoch mit dem Bemerken, jenes Geschäft habe nur den Sinn haben können, daß er auf seine Concessionen verzichte, weil dadurch für den anderen, wenn die Zahl der Concessionen um eine gemindert sei, die Wahrscheinlichkeit, vom Rath eine solche zu erlangen, größer werde. Die 84 Thaler seien seien nicht **Preis**, sondern **Entschädigung** für das aufgegebene Recht gewesen. Wenn Stichling an etwas Anderes gedacht, so sei dies ein Rechtsirrthum gewesen. Wollte man aber die Uebertragung der Concession als Gegenleistung annehmen, so würde er durch die juristische Unmöglichkeit von Leistung derselben befreit sein. Stichling entgegnet hierauf, jene Unmöglichteit der Uebertragung sei keine objective, sondern nur eine subjective Unmöglichkeit und mithin müsse er für die Nichterfüllung einstehen.

l. 137 §. 4 D. de V. O. (Venulejus):

Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? Quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab *impedimento naturali* et respiciunt ad *facultatem dandi*. Est autem facultas: personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. Et alioquin, si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi

sit Stichus: aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, au quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat. Nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. §. 5. Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit. —

Aber auch wegen des Verkaufs der Barbierstube will Stichling gegen Storch klagen. Letzterer, führt er an, habe ihm damals ein Verzeichniß von 45 Kunden gegeben, von denen 5 jährlich 5, 10 jährlich 2 und 30 jährlich 1 Thlr. zahlten; diese habe er ihm für 200 Thlr. abgekauft; den 5 Hauptkunden habe Storch sogar ihn vorgestellt und dieselben hätten auch geäußert, sie würden, falls sie ihn brauchten, nach ihm schicken. Von allen 45 Kunden aber hätten, obgleich nun schon ein Jahr verflossen, erst 17 sich seiner bedient und zwar nur solche von der 3ten Klasse für 1 Thlr. Die übrigen hätten sich zu einem andern Barbier gewendet.

Er fragt daher an, ob er von Storch verlangen könne, daß er ihm andere Kunden statt der fehlenden schaffe, oder das Interesse prästire, oder ob er das ganze Geschäft wegen Verletzung über die Hälfte anfechten und gegen Rückgabe der Kunden seine 200 Thaler zurückfordern könne? Oder ob er gegen die 20 Kunden, die ihn nicht angenommen, klagen könne? Sie seien ihm gewissermaßen tradirt; auch hätten sie sich bereit erklärt, ihn vorkommenden Falles rufen zu lassen.

Wie ist zu entscheiden?

CLXXXII. Ein Spediteur im Hannöverschen hatte sich gegen eine erhöhte Speditionsgebühr dem Kaufmann P. in X. verbindlich gemacht, eine Partie verzollbarer Waaren durch die Preußische Douanenlinie unverzollt durchzubringen und auf diese Weise durch das Gebiet des Preußischen Staats nach H. zu schmuggeln.

Die Waaren wurden jedoch von Preußischen Zollbeamten aufgegriffen und confiscirt. Der Eigenthümer derselben, Kaufmann P., klagt nun gegen den Spediteur auf Entschädigung.

Der Beklagte schützt dawider vor, der Vertrag, aus welchem geklagt werde, sei wider verbietende Gesetze geschlossen worden und darum ungültig gewesen. Es sei dabei von beiden Theilen auf eine Defraudation, also auf eine unerlaubte und strafbare Handlung abgesehen gewesen.

Der Kläger entgegnet hierauf:

1) die Defraudation habe den Preußischen Staat, also einen Staat betroffen, dem keine der beiden Parteien angehöre und dessen Strafgesetze daher für dieselben nicht bindend seien.

2) Jedenfalls habe auch Beklagter an der Rechtswidrigkeit — wenn

eine solche vorgelegen — Theil genommen und es würde ein dolus von seiner Seite sein, wenn derselbe sich zu seinem Schutze auf seine eigne Rechtswidrigkeit berufen und so aus derselben Gewinn ziehen wollte.

CLXXXIII. Ist in nachfolgenden Fällen eine obligatio begründet?

1) Der insolvente Kaufmann S. hat seinem Gläubiger U. eine besondere Vergütung dafür versprochen, daß dieser, um die übrigen Gläubiger zur Nachfolge zu veranlassen, zuerst einen auf bestimmte Procente lautenden Accord unterzeichne. U. klagt auf diese Vergütung, nachdem er unterzeichnet hat. Würde die Vergütung, wenn sie schon bezahlt wäre, wieder zurückgefordert werden können?

2) der Rhein-Dampfschifffahrts-Gesellschaft zu Köln übergab der Kaufmann S. daselbst 6 Collis zur Beförderung nach Mannheim. In dem Conossement war ausdrücklich gesagt, daß jeder Wasser- und Feuerschaden als von unwiderstehlicher Gewalt herrührend angesehen werden und die Verwaltung dafür nicht verantwortlich sein solle. Das Schiff, auf welches die Waaren verladen worden, stieß den 23. October Abends gegen 7 Uhr mit einem andern derselben Gesellschaft gehörigen Dampfschiffe, bei einer Höhe des Rheins, welche die Befahrung des Stroms in seiner ganzen Breite gestattete und zwar bei heiterer Luft und ruhigem Wasser, dergestalt zusammen, daß es in Folge eines erhaltenen Risses gänzlich sank und durch das eingedrungene Wasser die erwähnten Waaren beschädigt und verdorben wurden.

Ist die Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet? —

3) A. und B. haben einen Vertrag des Inhalts geschlossen, daß der in Frankfurt eingebürgerte B. den Betrieb eines Waarengeschäfts außer den Messen gegen eine jährliche Entrichtung von 400 Fl. namentlich dadurch möglich machen solle, daß er den B. ermächtige, auf seinen (des A.) Namen und als dessen anscheinender Procurist Handel zu treiben. — Ist B. zur Zahlung der 400 Fl. obligirt? Zu bemerken ist, daß nach einer Frankfurter Rathsverordnung vom 5. Juni 1708 das Herleihen des bürgerlichen Namens an Fremde zum Behufe eines Geschäftsbetriebes, auch letzterer selbst den Fremden ganz unbedingt bei Strafe verboten ist.

4) Z., welcher mit der Frau des X. eine Zeit lang in ehebrecherischem Verhältnisse gelebt hatte, wußte den letztern, als dieser nach Aufhebung des Verhältnisses Kunde davon bekommen, von gerichtlichen Schritten durch Ausstellung einer Schuldverschreibung abzuhalten, worin er dem X. 500 Thlr. „als Entschädigung für die ihm angethane schwere Beleidigung und Zerstörung seines häuslichen Glücks" versprach. — Kann X. auf diese 500 Thlr. klagen? —

CLXXXIV. N. hatte die Y., welche von ihm ein uneheliches Kind geboren, bewogen, nicht ihn — da er Frau und Kinder habe — sondern irgend einen Unverheiratheten als Vater des Kindes anzugeben und so

in das Register der Geborenen eintragen zu lassen. Er hatte ihr dafür 100 Thaler versprochen.

Die Y. gab demgemäß den X. als Vater an; als sie aber von N. die 100 Thaler fordert, weigert sich dieser der Bezahlung.

Sie klagt daher gegen ihn mit Bezug auf das ihr gegebene Versprechen: der Beklagte aber läugnet die Verbindlichkeit desselben, weil es als eine stipulatio turpis zu betrachten sei, denn die fälschliche Bezeichnung eines unehelichen Vaters zum Zwecke der Eintragung in das Register der Geborenen befasse offenbar eine moralische Schändlichkeit.

Das Gegentheil behauptet die Klägerin. Von einer stipulatio turpis könne hier schon deshalb nicht die Rede sein, weil noch Andre außer dem Beklagten, u. A. auch X., mit ihr zu thun gehabt, sie daher nicht habe wissen können, wer der eigentliche Vater sei und durch das erwähnte Versprechen nur von dem ihr zustehenden Wahlrechte Gebrauch gemacht und einem Privatanspruche gegen den Beklagten entsagt habe.

Ueberdies liege eine moralische Schändlichkeit um so weniger vor, als im Gegentheil dadurch öffentliches Aergerniß zu meiden gesucht worden, daß nicht ein Ehemann, sondern ein Unverheiratheter angegeben werde und doch dem Kinde die Alimente gesichert blieben. Rechte eines Dritten aber seien nicht verletzt, da derselbe gar nicht bestimmt, sondern ihr überlassen gewesen.

Wer hat Recht?

Kommt Etwas darauf an, ob X. von der Y. als Vater belangt werden konnte oder nicht?

CLXXXIV a. Leineweber E. in M. klagt gegen den Bäcker X. daselbst auf Zahlung von 100 Thlr., welche letzterer dafür, „daß er des Leinewebers E. Ehefrau geschwängert", zu zahlen schriftlich versprochen habe.

Beklagter gesteht zwar nicht das Factum der Schwängerung oder überhaupt des gepflogenen Beischlafs mit der klägerischen Ehefrau zu, bekennt jedoch eine vom Kläger producirte das Versprechen enthaltenden Urkunde, welche ausdrücklich die angebliche Schwängerung als causa promittendi enthält, unterschrieben zu haben. Er entschuldigt letzteres damit, daß ihn Kläger mit einer Criminalklage wegen Ehebruchs bedroht, er, Beklagter, aber den damit jedenfalls verbundenen Scandal habe vermeiden wollen, und gründet hierauf eine „exceptio metus". Abgesehen hiervon sei die Klage ganz unbegründet, „weil ihr eine causa turpis injusta zu Grunde liege."

Kläger entgegnet: die Einrede, welche aus der angeblichen, in Wirklichkeit gar nicht Statt gehabten Bedrohung hergeleitet worden, sei zu verwerfen, denn, ihre Wahrheit einmal angenommen, würde die Aeußerung des Klägers weiter nichts sein, als die Erklärung, von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch machen zu wollen. Niemals könne aber ein turpe oder injustum darin gefunden werden, daß Kläger für die ihm durch den Beischlaf mit seiner Frau zugefügte Beleidigung und Schmach Satis-

faction gefordert habe. Dazu komme noch, daß Bekl. nach Ausstellung der das Versprechen der 100 Thlr. enthaltenden Summe mehrmals dieses Versprechen wiederholt nnd jedenfalls hierdurch auf etwaige gegen die Rechtsverbindlichkeit seines Versprechens mögliche Einwendungen verzichtet habe.

Wie ist zu entscheiden?

§. 221.

CLXXXV. A. einigte sich mit B. über den Bau einer Reitbahn, aus welcher A. seinen Lebensunterhalt ziehen wollte, dahin, daß B. für einen bestimmten Preis den Platz dazu liefern und den Bau leiten solle. Mit der Reitbahn sollten auch Pferdeställe, Wagenremise und Wohngebäude verbundeu sein. Auch waren die Contrahenten über die Art des Baues insoweit einig, daß ein im Brouillon aufgesetzter Plan, welcher im Allgemeinen die Dimensionen der Mauern enthielt, für Reitbahn und Ställe zu Grunde gelegt werden solle — nur verlangte A., daß der Pferdestall um 4 Fuß breiter werde. Hinsichtlich der inneren Einrichtung der Reitbahn waren sie übereingekommen, daß die Buchtenkirchische Reitbahn als Muster dienen solle — freilich nur soweit dies unter den gegebenen Verhältnissen in Uebereinstimmung mit dem übrigen Plane sich durchführen lasse, da die B'sche Reitbahn aus zwei Häusern bestand und zwei Etagen hatte, die zu bauende dagegen nur einstockig werden sollte.

Dagegen war noch Nichts bestimmt über das Wohngebäude, weder über dessen Lage, noch über dessen Ausdehnung, noch überhaupt über die innere Einrichtung desselben; ebensowenig über die Höhe der Reitbahn uud Ställe oder über die Zahl und Größe der Thüren und Fenster.

Da nun A. später wieder zurücktreten wollte, trat B. mit einer Klage aus dem angeführten Vertrage gegen ihn auf. Außer den bereits erwähnten Thatsachen führt er noch folgende an, aus denen er eine stillschweigende Genehmigung eines detaillirten Bauplans folgern will. Er habe diesen specielleren Plan dem Beklagten am 18. April übergeben, und derselbe habe ihn bis zum 21. April behalten, ohne zu remonstriren. Der dann eingelegte Protest sei verspätet gewesen. Er habe ferner bei dem Vertrage nur wegen des einzigen Punktes, der Dicke der Mauern, remonstrirt — das Uebrige also genehmigt. Eine solche Genehmigung liege auch schon deshalb vor, weil Beklagter mehrmals die auf Grund des genaueren Plans angefangenen Bauarbeiten — bestehend in der Aufführung des Fundaments — besichtigt habe, ohne Etwas dawider zu erinnern.

Eventuell besteht er wenigstens auf dem Kaufe des Bauplatzes. —

CLXXXVI. Der Architekt Beck reicht gegen den Steinhauermeister Wolf zu Obernkirchen eine Klage folgenden Inhalts ein:

„Er habe mit dem Beklagten, welcher einen Handel mit Steinen treibe, einen Vertrag dahin abgeschlossen, daß Beklagter (§. 1) verpflichtet sein solle, sämmtliche Bestellungen des Klägers in rohen Oberkirchner Sandsteinen zu übernehmen, den Kubikfuß zu 8 Gr. 9 Pf. reine gute Steine (§. 2). Vierzehn Tage nach der Bestellung sollen wöchentlich mindestens drei Fuder geliefert werden. Brauche Beck indessen mehr, als Wolf augenblicklich fahren kann, so könne Beck solche von O. immer erhalten und wird dann von O. bis zu M. (dem Wohnorte des Klägers) an Fuhrlohn $2^1/_2$ Gr. für den Kubikfuß berechnet. Er habe demzufolge im Januar 1839 überhaupt 154 Kubikfuß Steine bei dem Beklagten bestellt und die Lieferung vertragsmäßig 14 Tage nach der Bestellung in zwei wöchentlichen Lieferungen verlangt, Beklagter weigere sich jedoch, die Bestellung dem Contracte entsprechend auszuführen. Er bitte daher, ihn zur contractmäßigen Lieferung und Ersatz des durch die unterlassene Lieferung verursachten Schadens zu verurtheilen."

Der Beklagte gestand die behaupteten Thatsachen zu, bestritt jedoch die rechtliche Wirkung des vom Kläger angeführten Vertrags, weil derselbe zu unbestimmt und in die Willkür des Klägers gestellt sei.

Der Kläger bemerkt dagegen, alle Unbestimmtheit werde durch die Bestimmung beseitigt, welche in §. 2 enthalten sei.

Ueberdies sei schon früher einmal zu seinen Gunsten entschieden worden, als er vom Beklagten die Lieferung von Steinen zu einem Hausbau, wozu derselbe sich anheischig gemacht, mittelst Klage gefordert habe.

CLXXXVII. Der Fabrikbesitzer Arnold hatte einen gewissen Bornstädt als Aufseher für seine Fabrik angenommen gegen einen Wochenlohn von 7 fl. mit der Zusicherung, daß, wenn derselbe ein Jahr lang zu seiner Zufriedenheit gedient haben würde, der Lohn auf 8—9 fl. erhöht werden solle.

Nach Ablauf des Jahres erinnert B. den A. daran, letzterer erinnert sich auch seines Versprechens und erkennt seine Verpflichtung an, meint jedoch: B. könne als unverheiratheter Mann mit 7 fl. recht gut auskommen. B. beruhigt sich hierbei, bleibt auch noch 10 Jahre lang im Dienste Arnold's.

Als sich später das Verhältniß auflöste, forderte Bornstädt für die ganzen 10 Jahre pro Woche 1 fl. nach.

Kann er dies?

Er nimmt Bezug auf einen Fall, wo ein alter Junggesell eine Köchin für 20 Thaler gemiethet hatte mit dem Versprechen, daß ihr Lohn mit jedem Jahre, das sie bei ihm bleibe, um 1 Thlr. erhöht werden solle — ihr aber doch immer nur 20 Thlr. ausgezahlt hatte. Die Köchin hatte später das plus nachgefordert und der Beklagte war verurtheilt worden.

Entscheidet in beiden Fällen dasselbe Princip?

Zuwachs ... §. 222. ...

CLXXXVIII. Zwei Brüder, Karl und Ludwig, ererbten im J. 1826 ein Rittergut. Sie verpachteten dasselbe gemeinschaftlich auf 6 Jahre an den Pachter Klaus. Im J. 1832 wird der Pacht stillschweigend erneuert und so bleibt es bis zum Jahre 1838. In diesem Jahre aber, einige Zeit vor Ablauf des 12. Pachtjahres, kündigt Karl in Folge eines Wortwechsels mit Klaus demselben auf und befiehlt ihm, mit Ende dieses Pachtjahrs das Rittergut zu räumen. Klaus wendet sich nun an den andern Miteigenthümer Ludwig und dieser erklärt ihm, er willige nicht in die Auflösung des Pachtverhältnisses und Klaus möge daher nur ruhig auf dem Gute bleiben. Als demzufolge Klaus zur bestimmten Zeit das Pachtgut nicht räumt, will Karl auf Exmission desselben klagen.

Mit welcher Klage muß er auftreten?

Kann sich Klaus mit der Erklärung des Miteigenthümers Ludwig schützen in Hinblick auf

l. 28 D. comm. div. (10. 3):

In re pari potiorem causam esse prohibentis constat?

CLXXXIX. Drei Kaufleute, die eine Zeitlang in einem Gasthofe logirt hatten, mußten plötzlich verreisen. Sie gaben bei ihrer Abreise ihr baares Geld im Betrag von 3000 Thalern in einem versigelten Sacke dem Wirthe in Verwahrung. Einige Zeit nachher kam einer derselben, A., zurück und verlangte vom Wirthe in seinem und der beiden andern Namen jenen Sack. Dieser gab denselben auch zurück gegen einen von A. ausgestellten Empfangschein, worauf A. wieder abreiste. Kurze Zeit darauf kamen auch B. und C. und verlangten gleichfalls den Sack. Der Wirth erzählt ihnen den Hergang der Sache, worauf ihm aber B. und C. bemerken, er hätte das Depositum nur ihnen allen dreien zusammen überliefern dürfen, wie er es von allen dreien empfangen. A. sei nach Amerika gegangen.

Dies greift der Wirth auf und sagt: „Gut — ich will Ihnen den Sack zurückgeben; aber Sie müssen alle drei beisammen sein — auch der A. mit. Schaffen Sie also den A. zur Stelle."

Keinesfalls brauche er mehr als $^2/_3$ der deponirten Summe zu bezahlen. B. und C. dagegen verlangen das Ganze.

B. und C. fragen um Rath, was sie zu thun haben.

Verbindung ... §. 223. ...

CXC. A. verpachtet sein Grundstück an B. auf 10 Jahre und es wird dabei festgesetzt, daß B. nach dem Belieben des A. jährlich entweder 10 Malter Korn liefern oder 100 Thaler zahlen solle. Nachdem dieser Vertrag schon das vierte Mal wieder auf 10 Jahre erneuert worden,

forderten die Erben des inzwischen verstorbenen A. in einem Jahre, wo das Korn besonders hoch im Preise stand, die 10 Malter in natura.

B. weigerte sich dessen, weil

1) A. und seine Erben nunmehr während eines Zeitraums von 32 Jahren ununterbrochen die Geldleistung angenommen und damit ihr Wahlrecht unabänderlich ausgeübt.

2) Ueberdieß sei die Klage auf das Korn in natura bereits verjährt.

§. 224—226.

CXCI. Die Lotteriedirection zu X. vertheilte zur 4. Classe ein halbes Loos, wovon die Nummer bereits in der 3. Classe gezogen und mit einem kleinen Gewinne herausgekommen war. Weder der Collecteur, noch der Spieler konnten dies bemerken, weil in den Ziehungsbogen zur 3. Classe statt der Nummer, die mit dem Gewinn herausgekommen sein sollte, eine andere Nummer gesetzt war. Als der Spieler sein Loos zur 5. Classe forderte und sich an die Direction wandte, weigerte sich diese der Herausgabe, weil die Nummer bereits in der 3. Classe mit einem kleinen Gewinne herausgekommen und in dem Ziehungsbogen der 3. Classe irrigerweise die Nummer verwechselt, auch das Loos zur Vertheilung gekommen sei.

Der Spieler fordert nunmehr eine Entschädigung für das unrichtige Spiel, weil ihm zur 4. Classe ein Loos verkauft sei, welches nicht mehr habe gezogen werden können, wodurch er auch zugleich von dem weiteren Spiele ausgeschlossen gewesen, ohne doch anders zu wissen, als daß er Mitspieler sei und Hoffnung zum größten Gewinn habe. Er hätte ja ebensogut das Loos bekommen können, worauf der höchste Gewinn gefallen. Da die Direction sich zu keiner Entschädigung verstehen will, so klagt der Spieler auf Ersatz seines Interesses. Dieses will er durch das juramentum in litem bestimmen. Würde er dazu nicht gelassen, so müsse ihm wenigstens ein durch Vergleichung des höchsten und des geringsten Gewinnes zu ermittelnder Durchschnittsgewinn zugesprochen werden. Sein Fall sei ganz gleich dem in

l. 12 D. de act. emt. (19, 1) Celsus:

Si jactum retis emero et jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei aestimandum est.

erwähnten. Es hatte Jemand von einem Fischer den nächsten Fischzug gekauft; nun wollte aber der Fischer sein Netz nicht auswerfen. Hier soll der Käufer das Interesse, die Aestimation, fordern können, obgleich es auch möglich gewesen wäre, daß der Fischer gar Nichts gefangen hätte.

CXCII. Der Dr. Hirt in Z. hatte im Jahr 1845 das Parterre und die 1. Etage seines Hauses an den Restaurateur Heidler auf 10 Jahre zum Zweck der Einrichtung einer Wirthschaft für jährliche 200 Thlr. ver-

miethet. Im J. 1850 verkauft er das Haus an den Hofrath Grimm — ohne jedoch dabei hinsichtlich des Restaurateurs etwas Besonderes festzusetzen, was er für unnöthig hielt, da Grimm eine Dienstwohnung inne und daher keinen Anlaß hatte, selbst in dem gekauften Hause zu wohnen; auch wußte er aus beiläufigen Aeußerungen G's, daß er Nichts gegen das Fortbestehen der Restauration habe.

Im Jahre 1851 wurde jedoch ganz unerwartet der Hofrath G. pensionirt und derselbe will nun in das gekaufte Haus ziehen; er kündigt daher sogleich dem Restaurateur an, er müsse jetzt, was er vom Hause bisher benutzt habe, räumen. Dieser klagt nun gegen den Dr. Hirt auf das Interesse; als solches verlangt er den durchschnittlichen Ertrag seiner Wirthschaft auf 4 Jahre mit jährlich 500 Thlrn.; außerdem wegen eines bevorstehenden großen Festes noch extra 200 Thlr., welche er mindestens dabei verdient haben würde; ferner 240 Thlr. wegen entgangener Miethe, welche ihm die Erholungsgesellschaft in Z. für einige Localitäten, die sie bis 1855 gemiethet, gezahlt haben würde und 20 Thlr. Conventionalstrafe, zu welcher er sich dieser Gesellschaft für den Fall der Nichterfüllung des Contracts anheischig gemacht. —

CXCIII. A. hatte an B. zwei Reichsoperationscassen-Scheine für 19 Procent des Nominalbetrags verkauft. Diese waren jedoch 4 Jahre später dem Käufer evincirt worden. B. fordert daher im Wege gerichtlicher Klage von A. als Evictionsleistung

a) den Kaufpreis mit Zinsen seit 4 Jahren, vom Tage der Auszahlung an;

b) den Mehrbetrag von 32 Procent, da er die fraglichen Papiere zu 50 Procent hätte verkaufen können.

Der Beklagte wird in erster Instanz zur Bezahlung des Kaufpreises mit Zinsen vom Tage der Auszahlung an verurtheilt. Hinsichtlich des Verlangens unter b wird auf Beweis erkannt, daß Käufer die Gelegenheit zu derartigem Verkaufe gehabt.

Kann der Beklagte hiergegen mit Erfolg remediren?

Er meint, daß er zu diesem Zwecke geltend machen könne, er sei beim Verkaufe in bona fide gewesen, sowie auch, daß aus der bloßen Gelegenheit zum Verkaufe noch nicht folgen würde, daß Kläger die Papiere wirklich verkauft haben würde.

Er bittet um ein Gutachten über die Stichhaltigkeit dieser Einwände und namentlich darüber, ob ihm sonst Etwas gegen das Urtheil zur Seite stehe. —

CXCIV. Der Schenkpachter Wohlfahrt zu K. klagt im J. 1851 gegen den Verpachter der Schenke Jonas ebendaselbst unter der Anführung, daß Beklagter ihm seine in K. gelegene Schenke sammt zugehörigen Grundstücken auf die Zeit vom 1. Mai 1845 bis zum 1. Mai 1851 gegen ein jährliches Pachtgeld von 125 Thlrn. verpachtet und beim Abschluß

des bezüglichen Contractes ihm den bis zu Pfingsten 1845 zu bewerkstelligenden Anbau eines Tanzsaales versprochen, diese Zusage jedoch unerfüllt gelassen habe. Dadurch sei ihm ein bedeutender Schaden erwachsen; denn da er in der Schankstube habe müssen tanzen lassen, so habe die Beschränktheit des Raums in der zugleich für die Tanzbelustigungen benutzten Werkstube

1) den Zuspruch von Tanzlustigen vermindert,

2) an solchen Sonntagen, wo getanzt worden, auch das gänzliche Wegbleiben von Zechgästen, namentlich aber von Spielgästen oder den Weggang der wirklich Erschienenen beim Anfange des Tanzes herbeigeführt. —

Da nun während seiner Pachtzeit jährlich mindestens zwanzigmal in der K'schen Schenke getanzt worden, so lasse sich sein Schaden auf mindestens 5 Thaler für jeden Tanzabend anschlagen, wofür er sich zum Schätzungseide erbietet. —

S. a. unten zu §. 241 und oben Nr. 166.

CXCIVa. Der Seiler H. in K. stellte gegen Gottlieb G. daselbst folgende Klage an: Bekl. habe sich verpflichtet, ihm binnen 14 Tagen vom 21. Sept. 1862 an gerechnet 200 Centner gut gebackener, im J. 1862 gewachsener Zwetschen für 6 Thlr. 15 Sgr. pro Centner gegen baare Zahlung zu liefern. Kläger habe nun die ganze Lieferzeit hindurch das Geld seinerseits bereit gehabt, aber vergeblich auf Tradition der auch bislang noch nicht erhaltenen Waare gewartet, obwohl er in wohlgemeinter Absicht den Verkäufer am 8. Oct. 1862 an sein Versprechen erinnert habe, und verlange deshalb Ersatz des ihm aus der Nichtlieferung erwachsenen Schadens. Er habe sich nämlich „auf den mit Beklagtem geschlossenen Vertrag hin" am 29. Sept. 1862 verbindlich gemacht, eine gleich große Quantität Zwetschen gleichen Alters und gleicher Güte an Carl B. in A. zum Preise von 7 Thlrn. pro Centner und 5 Sgr. Fuhrlohn pro Centner bis zum 7. October 1862 zu liefern. Diesen Vertrag habe er nun wegen der vom Bekl. unterlassenen Lieferung, mithin durch dessen Verschulden, nicht erfüllen können, zumal auch der Preis für gebackene Zwetschen inmittelst auf 7 Thlr. bis 7 Thlr. 15 Sgr. pro Centner in die Höhe gegangen sei. Es ergebe sich hieraus für Kläger ein „mit der vom Bekl. versäumten Vertragserfüllung in unmittelbarer, unvermeidlicher Verbindung stehender" Schaden von 100 Thlrn., zu dessen Erstattung und Zahlung von Verzugszinsen seit dem 8. Oct. 1862 Kläger den Gegner zu verurtheilen bitte.

Beklagter gab das Factische des Klagevortrags zu, verlangte aber, daß derselbe angebrachtermaßen abgewiesen werde, weil darin nicht behauptet sei, daß Carl B. in A. „rechtzeitig bereit gewesen, seinerseits den mit Kläger geschlossenen Contract zu erfüllen", denn sollte dieses nicht der Fall gewesen, so würde auch dem Kläger kein Schaden durch den Bekl. erwachsen sein. Hierzu komme noch, daß Kläger nicht den Kaufpreis reell

offerirt habe, das bloße Bereithalten desselben aber nicht genügend sei. — Ueberhaupt stehe dem Gegner gar keine Forderung zu, weil der zwischen den Parteien getroffenen Verabredung keine rechtliche Wirksamkeit beiwohne. Es sei nämlich dem Bekl., der jene Verabredung in einem von Weingenuß „etwas erregten Zustande" getroffen habe, durchaus kein Ernst mit der Sache gewesen, er habe blos gespaßt uud mit verschiedenen Freunden beim Glase Wein sich vorgenommen, mit dem Kläger einen Scherz zu treiben.

Kläger entgegnet hierauf: offenbar hätte er gegen den Carl B. in A. ein Forderungsrecht auf Zahlung des Kaufpreises und zu machenden Gewinnes gehabt, wenn er im Besitze der Zwetschen gewesen wäre, möchte auch Carl B. sich nicht in der Lage befunden haben, seinerseits den Vertrag zu erfüllen. Dieses Recht habe Beklagter durch seine Säumigkeit vereitelt und müsse dafür aufkommen. Abgesehen hiervon sei er seiner mora wegen schon an und für sich verpflichtet, die Differenz zwischen dem unter ihm und dem Kläger vereinbarten und inmittelst in die Höhe gegangenen Marktpreise der Zwetschen zu erlegen.

Daß Bekl. blos zum Scherze contrahirt habe, möge seine Richtigkeit haben, könne ihn jedoch nicht liberiren. Dem Kläger sei es völliger Ernst mit dem Handel gewesen, der Gegner hätte ihm zu erkennen geben müssen, daß es seinerseits an ernstlicher Willensmeinung fehle, denn er habe sich in einer Lage befunden, in welcher Scherz am unrechten Platze und jeder Theil dem andern zur Aufrichtigkeit verpflichtet gewesen sei. Noch weniger könne dem Bekl. seine angebliche Trunkenheit zu Statten kommen: Einerseits dürfe sich Niemand auf ein eigenes turpe berufen, andererseits hebe ein durch Wein „etwas" erregter Zustand die Willensfähigkeit nicht auf und die Erklärung des Bekl., daß er einen bloßen Scherz habe machen wollen, zeige ja gerade, wie er sehr wohl bedacht habe, daß und welche rechtlichen Folgen seine mit dem Kläger getroffene Verabredung an und für sich haben werde. Bekl. habe somit ganz gut gewußt, was er thue. Einen Zustand, wie ihn c. 7 C. 15 qu. 7 voraussetzt, könne man beim Bekl. weder annehmen, noch habe dieser einen solchen behauptet.

---

§. 227 — 229.

CXCV. Der Specereihändler Albrecht starb am 24. Juli 1807 und hatte zu Erben seinen Bruder, den Eisenhändler Albrecht und seine Schwester, verehelichte Karst. In dem zwischen diesen über die Erbtheilung entstandenen Rechtsstreite brachte die K. im J. 1810 u. A. einen Anspruch auf die Hälfte eines Depositums von 2200 fl. vor, welches ihr Bruder und Miterbe Albrecht von dem verstorbenen Erblasser in einem Säckchen versiegelt um Weihnachteu 1806 erhalten hatte. Diese Forderung wurde jedoch bestritten und durch rechtskräftiges Urtheil vom 19. Januar 1818 zur besondern Austragung verwiesen. In Folge dieser Weisung übergab nun die K. am 11. Jan. 1820 eine Klagschrift, worin sie ihren Bruder Albrecht zur Bezahlung der Hälfte des fraglichen Depositum und der erwachsenen Verzugszinsen anzuhalten bat. Der Beklagte räumte in

der Vernehmlassung den Empfang des strittigen Säckchens ein, läugnete jedoch den Inhalt von 2200 fl.; der Verzugszinsen that er keine Erwähnung. Nach weiter gepflogenen Verhandlungen und erfolgtem Actenschlusse wurde der Beklagte für schuldig erklärt, wenn die Klägerin zuvor das juramentum suppletorium quantitatis ableisten würde, die Hälfte des fraglichen Depositum mit 1100 fl. an Klägerin herauszugeben. Auf die in der Klage mit in Anspruch genommenen Verzugszinsen, worauf er sich bisher nicht eingelassen, habe sich Beklagter, so hieß es in demselben Erkenntniß, binnen einer Frist von 31 Tagen zu verantworten. Nachdem dieses Erkenntniß rechtskräftig geworden und am 21. März 1824 die Ableistung des der K. auferlegten Erfüllungseids erfolgt war, geschah am 16. April ej. a. die Zahlung der 1100 fl. von Seiten des Eisenhändlers A.

Am 21. Febr. 1825 übergab nun die K. eine weitere Klagschrift, worin sie auf ihren früheren Antrag und das oben angeführte rechtskräftige Urtheil sich berufend vorbrachte: „ihr Bruder, der Beklagte, sei ihr von Weihnachten 1806 als der Zeit der geschehenen Hinterlegung landesübliche Verzugszinsen von dem streitig gewordenen Depositum schuldig. Sie bitte, denselben zur Entrichtung dieses Betrags anzuhalten. — Der Beklagte sei verbunden gewesen, das Depositum in die Verlassenschaft des Bruders sogleich nach dessen Tode einzuwerfen.

Der Beklagte läugnete jede Verbindlichkeit zur Verzinsung. Mit einigem Schein könne eine solche erst vom 16. April 1824 oder höchstens von Zeit des über die Hauptsache rechtshängig gewordenen Streits angenommen werden.

CXCVI. Der Meier Höniger wurde von seinen Gläubigern hart bedrängt und wandte sich daher an den Geldwechsler Zimmermann um ein Darlehn von 300 Thalern. Dieser verstand sich dazu, wenn H. eine Urkunde folgenden Inhalts unterschreibe:

Höniger sollte danach sein näher bezeichnetes Grundstück dem Z. für die Summe von 300 Thlrn. verkaufen, doch sollte beiden Theilen freistehen, nach vorgängiger halbjähriger Aufkündigung den Verkauf wieder rückgängig zu machen. Geschähe die Aufkündigung vom Käufer, so sei Verkäufer nach Ablauf eines halben Jahres zum Rückkauf für 300 Thlr. verpflichtet. Weigere er sich dessen, so solle Z. befugt sein, das Grundstück öffentlich zu versteigern, den Mehrerlös über 300 Thlr. solle er dem H. zurückgeben; werde hingegen weniger gelöst, so solle Z. das Fehlende nachzahlen.

Inzwischen solle H. das Grundstück in Pacht behalten für 18 Thlr. jährliches Pachtgeld.

H. unterschrieb diese Urkunde. Nachdem Z. ein halbes Jahr vorher gekündigt, klagt er auf Wiederkauf des Grundstücks und auf 36 Thlr. rückständiges Pachtgeld.

Was läßt sich ihm entgegenstellen?

CXCVII. A. ersucht den B. um ein Darlehn von 2000 Thlrn. zu 5 Procent. B. antwortete, daß er dies nur durch Umsetzen von Staatspapieren möglich machen könne und daß er daran Verlust haben werde. A. bemerkt hierauf, daß er allen dadurch verursachten Verlust tragen wolle. B. verkauft nun die Papiere mit 1 Procent Verlust und zahlt dem A. 2000 Thlr. aus. Später klagt B. gegen die Erben des A. auf Rückzahlung des Darlehns nebst Zinsen zu 5 Procent und gibt dabei als Betrag des Darlehns die Summe von 2020 Thlrn. an. Es wird ihm aber entgegengehalten, daß er dem A. nur 2000 Thlr. baar ausgezahlt habe und durch die Mehrforderung sich einer usuraria pravitas schuldig mache. —

CXCVIII. Der Handelsmann Albrecht hatte an den Landwirth Melchior eine Forderung von 250 Thlrn., von welcher Verzugszinsen im Betrag von 20 Thlrn. erwachsen waren. Als ihm eines Tags M. den Betrag der Hauptforderung, 250 Thlr., auszahlte, quittirte Albrecht über diese Zahlung folgendergestalt:

„Ueber den Empfang von 250 Thlrn., als Betrag der mir geschulde-
„ten Hauptforderung wird hierdurch unter ausdrücklichem Vorbehalt der
„Nachforderung aller Rückstände an Verzugszinsen quittirt."

Später klagt Albrecht gegen M. auf den noch rückständigen Rest seiner Forderung. Der Beklagte verlangt Abweisung der Klage.

Entscheidung. —

CXCIX. Der Dr. Fischer verkaufte im Jahre 1825 seinem Vetter Horn das Miteigenthum zur Hälfte an seinem Hause für 2000 Thlr. Der letztere zog auch sofort in die ihm von Fischer eingeräumte Wohnung ein. Der Kaufpreis sollte am 1. Juli 1826 bezahlt werden.

In der Zwischenzeit trat jedoch Dr. Fischer eine Reise um die Welt zu naturhistorischen Zwecken an, und da er bis zum J. 1845 Nichts von sich hören ließ, so wurde er auf Antrag der Verwandten nach dem in seinem Vaterlande geltenden Particularrecht gerichtlich für todt erklärt. Es entstand jetzt aber ein Streit über seinen Nachlaß zwischen zwei seiner Verwandten, der im J. 1848 zu Gunsten des Carl Fischer entschieden wurde. Dieser klagt nun im Jahre 1849 gegen Horn auf Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen von dem Augenblicke an, wo die Tradition erfolgt war.

Horn verlangt jedoch:

1) Ermäßigung der Zinsen auf das alterum tantum;

2) überdies macht er als Gegenforderung geltend die Reparaturkosten, welche er im Jahre 1839 für den Antheil des Dr. Fischer ausgelegt — im Betrage von 2000 Thalern nebst Zinsen zu 12 Proc.

Entscheidung.

---

§. 230. 231. Brejan.

CC. In Althessen ist nach besonderer gesetzlicher Bestimmung zur Wirksamkeit jeder Veräußerung von Immobilien die gerichtliche Anzeige und Bestätigung erforderlich so, daß auch ein deshalbiges pactum de ineundo contractu, so lange jenes Erforderniß fehlt, keine Klage auf Auswirkung der gerichtlichen Bestätigung erzeugt.

Zwischen Ernst Berg und Theodor Rehwald war ein Vertrag außergerichtlich zu Stande gekommen, wonach letzterer dem ersteren ein Grundstück für 800 Thaler verkaufte und beide Theile sich zu Auswirkung der gerichtlichen Bestätigung verpflichteten. Für den Fall, daß einer der Contrahenten sich der Erfüllung oder der Mitwirkung bei der gerichtlichen Anzeige weigere, sollte derselbe eine Conventionalstrafe von 50 Thalern erlegen.

Noch ehe es zur gerichtlichen Anzeige gekommen war, starb Rehwald mit Hinterlassung zweier minderjähriger Kinder. Da das Grundstück bereits von dem Vater dem B. übergeben worden, so klagt der Vormund der Kinder gegen B. auf Rückgabe desselben. Der Beklagte bestreitet:

1) Die Zulässigkeit der Rückforderung.

2) Zugleich verbindet er damit eine Widerklage auf die Conventionalstrafe von 50 Thalern mit dem Anführen, er habe die Kläger zur Mitwirkung bei Erlangung der gerichtlichen Confirmation aufgefordert, dieselben seien jedoch dieser Aufforderung nicht nachgekommen.

Diese Thatsache gaben Kläger in ihrer Replikschrift zu, wiesen aber zu ihrer Rechtfertigung darauf hin, daß nach hessischem Rechte die Immobilien Minderjähriger nicht aus freier Hand, sondern nur mittelst öffentlichen Angebots veräußert werden dürften.

Gegen dieses Vorbringen bemerkt der Beklagte, daß von dieser Vorschrift Dispensation erlangt werden könne, was Klägern obgelegen. Ueberdies sei die Conventionalstrafe auch schon allein wegen des in der Rückforderung ausgesprochenen einseitigen Rücktritts verfallen, wie auch in folgendem Falle entschieden worden sei.

Ein jüdisches Brautpaar hatte einen Ehevertrag abgeschlossen, worin u. A. bestimmt war: „daß, wenn vor der Hochzeit und vor der gerichtlichen Confirmation der Ehepakten" (welche in Hessen zur Gültigkeit der Ehe erfordert wird), „einer von beiden Theilen den Contract nicht erfüllen werde, der Zurücktretende schuldig sein solle, dem anderen Theile zur Entschädigung und für die Beschimpfung 400 Thlr. zu entrichten." Das Gericht habe damals den Einwand, daß, weil der Hauptvertrag ungültig, auch die Conventionalstrafe als accessorium unwirksam sein müsse, unberücksichtigt gelassen und auf Leistung der Conventionalstrafe erkannt.

l. 38 §. 17 D. de V. O. (Ulp.):

Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur. Inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest; ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet: ut

si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis.

CCI. K. hatte von B. ein Hofgut gekauft und sich dabei verbindlich gemacht, wenn er mit Erlegung des Angelds über 30 Tage in Verzug bleiben würde, dem Verkäufer nebst den Zinsen des Kaufpreises und dem Ersatz des Interesses noch eine Conventionalstrafe von 2000 fl. zu bezahlen. —

Der Käufer hielt die Zeit nicht ein und wurde daher (da er im Uebrigen seiner Verbindlichkeit nachgekommen war) vom Verkäufer auf die vertragsmäßig zu leistende Conventionalstrafe von 2000 fl. verklagt.

Ist die Klage statthaft?

CCII. Die Waarenhandlung X. hatte im Jahre 1842 mit ihrem Geschäftsreisenden Hermann einen Vertrag auf 3 Jahre geschlossen, wonach letzterer verpflichtet sein sollte, jährlich mindestens für 6000 Thlr. Geschäfte zu liefern; für den Fall, daß er dieser Obliegenheit nicht entspreche, sollte er eine Schuld von 900 Thalern, die sein verstorbener Bruder seinem Principal aus frühern Verhältnissen schuldig war, sofort bezahlen müssen; wenn er dagegen der Verpflichtung vollständig nachkomme, sollte seinem Bruder diese Schuld erlassen sein.

Am Schlusse des ersten Jahres zeigte es sich, daß Hermann nur Geschäfte zum Belaufe von 3500 Thaler geliefert hatte. In Folge davon entließ ihn sein Principal aus dem Dienste und klagte überdies auf die erwähnte Schuld von 900 Thalern. Dieser Klage setzte Hermann entgegen:

1) dieselbe sei gar nicht begründet, weil die Bedingung der eingeklagten Versicherung noch nicht eingetreten sei. Wenn er auch im ersten Jahre noch nicht für 6000 Thaler Geschäfte habe machen können, so würde er dies doch in den zwei folgenden Jahren nachgeholt haben. Diese Erfüllung aber sei ihm durch den Kläger selbst, weil er ihn entlassen, unmöglich gemacht worden. Uebrigens habe er sich zur Uebernahme der Schuld nur verstanden, wenn er in keinem der drei Jahre für 6000 Thlr. Geschäfte gemacht haben würde.

2) Keinesfalls könne Kläger mehr als den dritten Theil der 900 Thlr. fordern, denn da Kläger sich für den Schaden, der ihm aus Nichteinhaltung des Vertrags während d r e i e r Jahre erwachsen könne, 900 Thaler ausbedungen habe, so entspreche der Nichthaltung während e i n e s Jahres eine Forderung auf 300 Thaler. Es handle sich ja hierbei um eine t h e i l b a r e Handlung.

l. 4 §. 1 D. de V. O. (Paulus):

Cato libro quinto decimo scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus, contra

quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti: *iter fieri*, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti: *amplius non agi*, tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem:

per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat?

Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione:

Titium heredemque ejus ratum habiturum?

Nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum; idque et Marcello videtur; quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

CCIII. Der Hofopernsänger P. verpflichtete sich in einem mit dem Theaterdirector R. zu B. abgeschlossenen Vertrage, in der Zeit vom 3. bis 31. Juli 1849 auf der B'schen Bühne 7 Gastrollen zu geben. In §. 4 des Vertrags heißt es: „Sollte einer der Contrahenten einseitig von diesem Vertrage zurücktreten, so zahlt er eine Conventionalstrafe von 100 Stück Friedrichsd'or nach Wechselrecht." P. fand sich zu gehöriger Zeit in B. ein. Am 5. Juli sollte der Don-Juan gegeben werden und P. in der Rolle des Ottavio auftreten. Als ihm aber das Kostüm vorgezeigt wurde, behauptete er, dasselbe sei nicht anständig. Es entspann sich hierüber ein Wortwechsel, in Folge dessen P., angeblich „wegen Erkrankung", sich weigerte, aufzutreten. Der Theaterdirector R. zeigte ihm hierauf am 10. Juli seinen Rücktritt von dem Vertrage an und verlangte die Erlegung der Conventionalstrafe. P. verweigerte dieselbe und verlangte von der Theaterdirection die Annahme der seinerseits zu gewährenden Leistungen, deren Annahme aber gleichfalls zurückgewiesen wurde. Jetzt klagt P. auch seinerseits gegen R. auf die Conventionalstrafe. Der Beklagte widerspricht diesem Verlangen und fordert widerklagend die Conventionalstrafe von demselben Betrage.

CCIV. Ferdinand Robert erbaute im J. 1840 einen Gasthof und verdang verschiedene an dem Gebäude zu verrichtende Schlosserarbeiten für eine bestimmte Accordsumme an den Schlossermeister Wirsing. Bei Eingehung des Vertrags am 29. October 1840 hatte Wirsing sich anheischig gemacht, die Accordarbeiten bei Vermeidung einer Conventionalstrafe von 100 Thalern bis längstens zum 15. December 1840 zu liefern.

Nun forderte Robert im J. 1842 mittelst angestellter Klage diese Conventionalstrafe von W., indem er anführte, daß Wirsing einen Theil der Accordarbeiten nicht bis zum 15. December 1840, sondern erst einige Wochen später geliefert habe.

Der Beklagte räumte in seiner Vernehmlassung die erwähnten Thatsachen ein, behauptet jedoch andere Thatsachen, aus welchen er die Abweisung der Klage zu begründen suchte. Kläger habe nämlich nach dem 29. October noch andere Accordarbeiten als die ursprünglich festgesetzten, bei ihm bestellt und die Veränderung verschiedener erst bestellten Accordarbeiten verlangt. Es bedürfe jedoch des Beweises für diese Thatsachen um deswillen nicht, weil Kläger selbst in der Klage angeführt, daß er die Lieferung nach dem 15. Dec. noch erhalten und angenommen habe. Darin liege ein Verzicht auf die Conventionalstrafe.

l. 10 D. de eo q. c. l. (13, 4). Paulus:

Si post moram factam, quominns Capuae solveretur, cum arbitraria vellet agere, fidejussor acceptus sit ejus actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia judicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione; adeo ut nunc quoque sorte soluta, vel si Capuae petatur, arbitrium judicis cesset; nisi (si) quis dicat, si judex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte quam ex poena solutum videri: ut supersit petitio ejus, quod excedit sortem et accedat poena pro eadem quantitate? Quod non puto admittendum: tanto magis, quod *creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur.*

§. 232.

S. unten zu §. 360—364.

§. 234—236.

CCV. Der Maurermeister Wilhelm und der Gastwirth Schubert haben dem Kaufmann Heinrich eine Correalobligation über ein empfangenes Darlehn von 1500 Thlrn. ausgestellt. Von diesem Darlehn hat der Gläubiger eine Summe von 1280 Thlrn. von dem Gastwirth Wilhelm nicht erlangen können und klagt dieselbe nunmehr gegen den Mitschuldner Schubert aus. Dieser erhebt den Einwand, daß auf die verschriebene Darlehnsforderung nicht er, sondern der Mitschuldner Wilhelm die Valuta erhalten habe. Mithin fehle hier die Causa debendi.

Ist dieser Einwand zulässig? —

CCVI. In einer gegen den Herrn von T. im Sächsischen von dem Handarbeiter Rudolph erhobenen Klage trägt letzterer folgende Thatsachen vor:

„Als ich am 3. März 1853 Nachmittags in meinem Berufe als Arbeiter auf der Straße im Dorfe L. auf einem Schiebebock Steine fuhr, ward ich von dem Beklagten, welcher persönlich in seinem eigenen Wagen saß und so schnell herbeigefahren kam, daß ich mich nicht retten

konnte, überfahren und dabei lebensgefährlich beschädigt. Tags darauf schickte der Beklagte seinen Koch zu mir und ließ mir durch denselben versprechen, daß er sowohl die ärztlichen Bemühungen, die ich meiner Heilung wegen in Anspruch nehmen würde, und die Medicamente selbst bezahlen, als auch mich wegen der mir zugefügten Schäden und Schmerzen entschädigen werde. In Folge der vom Beklagten erlittenen Verletzungen bin ich 14 Wochen lang krank gewesen und dadurch außer Stand gesetzt worden, irgend Etwas durch Arbeit zu verdienen. Beklagter ist seinen daraus erwachsenen Verbindlichkeiten bisher nicht nachgekommen und ich bitte daher, den Beklagteu zu verurtheilen, daß er das Arztlohn, nach beiliegender Rechnung des Dr. S., 31½ Thlr. betragend, bezahle und mir solches durch Quittung bescheinige, nicht weniger mich wegen des mir zugefügten Verlusts im Verdienste, die Woche zu 3 Thlr. angeschlagen, in Summa mit 42 Thlrn., weshalb ich mich zum juramento in litem erbiete, entschädige, auch alle durch diesen Proceß verursachten Kosten erstatte." —

Der Beklagte gesteht in der Einlassung das Ueberfahren des Klägers, sowie dessen Verletzung und dadurch herbeigeführte Arbeitsunfähigkeit zu, bestreitet jedoch, daraus verpflichtet zu sein, da der Unfall weder in einem Befehl des Beklagten, noch in den Pferden, sondern allein in der Unvorsichtigkeit des Kutschers seinen Grund gehabt, welcher auf jenem Wege, der sehr eng sei und an der fraglichen Stelle sich biege, unnöthig rasch gefahren sei. Dafür könne er um so weniger haften, als nach der neuesten königl. sächsischen Gesinde-Ordnung die Verantwortlichkeit der Dienstherrschaft für Handlungen des Gesindes nach den Grundsätzen über die Vertretung eines Bevollmächtigten zu beurtheilen sei. — Daß er ein Versprechen, wie es Kläger behauptet, gegeben, läugnet er. Ein Almosen, das dem Kläger versprochen worden, habe er auch bekommen. Ueberdies beruft sich der Beklagte auf einen Vergleich, welcher am 8. Juli desselben Jahres zwischen seinem Kutscher A. und dem Kläger geschlossen worden, wonach Letztrer allen seinen Ansprüchen an den Kutscher entsagt habe gegen ein Versprechen desselben, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, die dann auch gezahlt sei. Hierüber war ein Empfangsbekenntniß des Klägers beigelegt, worin derselbe bezeugt, „daß ihm von A. Alles, wozu er nach dem Vergleich vom 8. Juli verbunden gewesen, geleistet sei und er demnach seinen sämmtlichen Ansprüchen an A. entsage."

Der Kläger räumt den Vergleich ein und erkennt das Empfangsbekenntniß als ächt an, bestreitet aber, daraus verpflichtet zu sein, weil es sich nur auf den Kutscher des Beklagten, nicht auf den Beklagten selbst beziehe. —

Worauf ist nach Inhalt dieser Verhandlungen zu erkennen? —

CCVII. Bei dem Tode des Seilers Ackerfeld schlossen die 5 Söhne des Verstorbenen: Julius, Bernhard, Adolph, Otto und Karl, einen Erbvergleich, worin u. A. bestimmt wurde, daß der Sohn Bernhard, da er dem Nachlasse die Summe von 3000 Thlrn. schulde, zu

Gunsten seiner Miterben auf das Erbrecht verzichtete, wogegen seine 4 Brüder sich verbindlich machten, ihn wegen dieser Verzichtleistung schadlos zu halten und zu diesem Behufe ihm, Alle für Einen und Einer für Alle haftend, nach erfolgter Erbtheilung so viel herauszuzahlen, um wie viel ihr Erbtheil an dem väterlichen Nachlasse die Summe von 3000 Thlrn. übersteigen würde. Bei der darauf erfolgten Erbtheilung fiel auf jeden der 5 Brüder die Summe von 3866 Thalern.

Der eine der Brüder, Julius A., bot seinem Bruder Bernhard die ihm sonach gebührenden 866 Thlr. an; der letztere wies jedoch dieses Anerbieten mit dem Bemerken zurück, er wisse, daß er, Julius, das Geld selbst besser brauchen könne, er wolle sich lieber an seine Brüder Adolph und Otto halten, die das Geld bei ihren Verhältnissen weit eher entbehren könnten. Er wandte sich hierauf an seinen Bruder Adolph und wurde mit demselben einig, daß er

1) eine unsichere Forderung Adolph's im Betrag von 600 Thlrn. gegen den Handelsmann U., dem Bernhard seinerseits 450 Thlr. schuldete, übernehme. Hiervon machte B. dem U. sofort Anzeige.

2) für die übrigen 266 Thlr. solle ihm A. ein Paar seiner Pferde überlassen, vorausgesetzt, daß B. diejenigen, die er jetzt habe, bei dem nächsten Pferdemarkte für 200 Thlr. verkaufen könne. Das Letztere geschah zwar, allein am Tage vorher waren die beiden Pferde A's bei einer Ueberschwemmung verunglückt.

Kurz darauf schickte Otto seinem Bruder Bernhard die 866 Thaler zu; da er aber später die Verhandlungen mit Adolph und mit Julius erfahren, so will er jetzt das Gezahlte zurückfordern. Jedenfalls glaubt er, $1/4$ der gezahlten Summe zurückverlangen zu können, weil noch vor jener Zahlung der Bruder Karl gestorben war mit Hinterlassung eines Testaments, worin Bernhard zum Universalerben eingesetzt war. Dieser habe, da er die Erbschaft angetreten, aus derselben die von Karl ererbten 866 Thlr. erhalten und davon habe er wenigstens $1/4$ als ihm Geschuldetes und durch Erbschaftsantritt Gezahltes ansehen müssen.

Dafür ließe sich anführen:

l. 50 D. de fidej. (46, 1). Papinianus:

Debitori creditor pro parte heres exstitit, accepto coherede fidejussore. Quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius) *solutionis potestate;* sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fidejussoria, sed hereditaria, quoniam major tollit minorem.

Es sollen nun auf Anfrage O's alle Fragen beantwortet werden, welche hierbei in Betracht kommen, namentlich die Wirkung:

1) des Erlasses an Julius,

2) des Vertrags mit Adolph. — Wie wäre es, wenn A's Pferde nicht umgekommen, aber die Zahlung O's vor dem Pferdemarkte erfolgt wäre?

3) Welchen Einfluß hat die Beerbung Karl's durch Bernhard?

§. 237.
S. zu §. 247.
§. 240.

CCVIII. Der Kaufmann Hase war dem Kaufmann Schuster die Summe von 95 Thlrn. schuldig; er kam aber mit dem Letzteren überein, daß „es ihm freistehen solle, innerhalb 4 Wochen eine (näher bezeichnete) Quantität Spiritus zu liefern." Er übergab die bezeichneten Fässer noch während der Frist einem Spediteur, allein unterwegs ging die Waare zu Grunde. Nach Ablauf der 4 Wochen klagt Schuster gegen Hase auf die 95 Thlr. Der Beklagte schützt vor, er habe bezahlt — denn die Lieferung des Spiritus müsse als Zahlung gelten. Daß derselbe unterwegs zu Grunde gegangen, ändere Nichts, denn bekanntlich werde die datio in solutum als Kauf betrachtet; beim Kaufe aber trage der Käufer nach Abschluß des Vertrags das Periculum.

Was läßt sich darauf sagen?

Zu vergleichen sind folgende Stellen:

l. 24 pr. D. de pign. act. (13, 7). Ulp.*):

Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pigneratitiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Imo utilis *ex emto* accommodata est, *quemadmodum* si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit.

l. 46 pr. D. solut. (46, 3). Marcellus:

Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res: manet pristina obligatio; et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret.

l. 26 §. 4. 5. D. de cond. ind. (12, 6). Ulpianus:

Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus lib. XX. Digestorum scribit et centum manere stipulationem. Licet enim placuit, rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia; nemo enim invitus compellitur ad communionem. Sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta; ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur. §. 5. Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dederit pluris pretii, quasi plus debens, vel cum oleum deberet, quasi majorem modum debens: superfluum olei esse repetendum, non totum et ob hoc peremtam esse obligationem.

Welche Fälle werden in diesen Stellen besprochen, und welches Resultat läßt sich durch Vergleichung derselben gewinnen?

Wie, wenn nur die Hälfte des Spiritus zu Grunde gegangen wäre? Würde dann Hase zur Hälfte liberirt sein? —

---

*) Zu dieser und zu den folgenden Stellen s. Schliemann: Die Haftung des Cedenten. Rost. 1848. S. 50 ff.

§. 241.

CCIX. Der Kaufmann Thurm hatte zu Weihnachten 1839 von dem Wollhändler Berber ein Darlehn von 5000 Thlrn. in Gold aufgenommen. Dabei war ausgemacht worden, dasselbe solle ein Jahr lang unaufkündbar sein; jedoch wurde dabei dem Darlehnsempfänger das Recht vorbehalten, auf Johanni 1840 die Hälfte, 2500 Thlr. Gold, abzutragen. Zu Ostern 1840 erklärt nun Thurm seinem Gläubiger Berber schriftlich, er wolle von dem ihm vorbehaltenen Rechte Gebrauch machen und kommenden Johanni die Hälfte abbezahlen. Berber antwortet ihm, er sei damit zufrieden. Am bestimmten Tage erfolgt jedoch keine Zahlung.

Nun tritt Berber gegen Thurm klagend auf, indem er Bezahlung der 2500 Thlr. Gold und Ersatz des Schadens fordert, der ihm durch Thurm's Verzug zugefügt worden sei; dieser bestehe:

1) darin, daß ihm ein Gewinn von 10 Procent entgangen sei, indem er sich dazu eingerichtet gehabt, für jene Summe zu Johanni Wolle zu kaufen; diese sei zeither um 10 Procent im Preise gestiegen, also verliere er den entgangenen Gewinn von 250 Thlr. Gold;

2) das Gold sei seit Johanni um $2^1/_2$ Procent gefallen; auch dafür nehme er eine Vergütung in Anspruch. —

Der Beklagte gesteht zwar alle factischen Behauptungen des Klägers zu, behauptet aber, daß er sich gar nicht verbindlich gemacht habe, zu Johanni zu bezahlen, da er nur erklärt habe, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, daß es ihm aber freistehen müsse, darauf wieder zu verzichten. Er läugnet eventuell, daß er sich in mora befinde, da der Kläger ihn zur Zahlung noch nicht aufgefordert habe (was Kläger zugesteht) und bestreitet jedenfalls die Verbindlichkeit zum Ersatz des lucrum cessans und der Coursdifferenz.

Wie ist zu entscheiden?

---

§. 244.

CCX. Der Kaufmann Braunschweiger hatte sein Vermögen an seine Gläubiger abgetreten und es war darauf das Concursverfahren eingeleitet worden. Der Schneider Kallenbach hatte dabei seine Forderung von 40 Thlrn. zu spät angemeldet und war daher von der Concursmasse präcludirt worden. Als darauf später Braunschweiger sein Geschäft wieder von Neuem etablirt hatte, ließ Kallenbach, um zu seinem Gelde zu kommen, aus B's Laden Waaren bis zum Betrag von 25 Thlrn. auf Credit holen. Die übrigen 15 Thlr. bekam er auf folgende Weise. B. nahm aus K's Kleidermagazin einen Rock für 15 Thlr., die er baar bezahlte; den Rock sollte K. ihm schicken. Statt dies zu thun, will nun Kallenbach die 15 Thlr. auf seine frühere Forderung anrechnen.

Muß sich B. dies gefallen lassen?

Kann K., wenn B. gegen ihn auf Bezahlung der Waaren klagt, seine präcludirte Forderung in Compensation bringen? Oder kann B. sich dagegen auf sein beneficium competentiae berufen? —

---

§. 247. 248.

CCXI. Im Concurse des Commissionärs Schmidt melden sich folgende Gläubiger:

1) die Gemeinde F. mit einer Forderung von 3000 Thlrn. für ein Grundstück, welches der Cridar i. J. 1844 von ihr gekauft;

2) der Kaufmann Zahn mit einer Forderung von 200 Thlrn. in Gold, welche der Cridar einige Tage vor Ausbruch des Concurses für Z. von einem Schuldner desselben in seinem Auftrage eincassirt hatte. Die Louisd'or, in welchen er das Geld bekommen, sind noch in einem Beutel mit der Adresse an Z. vorhanden. Z. will sie daher vindiciren.

3) der Hausbesitzer Kranz, welcher 300 Thlr. Hausmiethe zu fordern hat von Neujahr 1846—1849;

4) der Fiscus mit einer Forderung von 120 Thlrn. rückständiger Grundsteuern und 90 Thalern Strafgeldern wegen Steuerdefraudation;

5) der Goldarbeiter Thormann. Er verlangt jure separationis ein Armband, zwei Ringe und eine goldne Kette, welche Gegenstände der Cridar am Tage vor Ausbruch des Concurses in seinem Laden ausgesucht und mit dem Bemerken mit sich genommen habe, er wolle die Gegenstände erst seiner Frau zeigen, ob sie ihr gefielen.

6) Die Ehefrau des Cridars, welche

a) 2000 Thlr., die sie als Mitgift ihrem Manne bei Eingehung der Ehe im Juli 1841 zugebracht,

b) verschiedene Mobilien, die sie als Aussteuer erhalten und die noch in natura vorhanden,

c) ein Kapital von 1800 Thlrn. fordert, welche sie von ihrem Bruder geerbt, der mit ihrem Ehemann in Gemeinschaft bis zu seinem Tode im J. 1843 das Geschäft betrieben gehabt. Sie habe dann das Kapital im Geschäfte gelassen.

7) Der Kaufmann Hübner mit einer ihm von der Kirche zu X. vor Ausbruch des Concurses cedirten Forderung auf 400 Thlr. Diese hatte der Cridar bei Besorgung von Geschäften im Jahre 1843 für die Kirche eingenommen — nämlich für Getreide der Kirche, das er in ihrem Namen verkauft und für ein der Kirche ausgesetztes Vermächtniß, das er für dieselbe eincassirt hatte.

8) Der Aufwärter Starke, der den einzigen Sohn des Cridars in dessen letzter Krankheit gepflegt, wofür er 1 Thlr. pro Woche, im Ganzen 16 Thlr. verlangt;

9) der Dr. Spieler mit einer Darlehnsforderung von 1200 Thlr. vom J. 1841, wofür der Cridar ihm sein ganzes Vermögen in einer Privathandschrift verpfändet hat;

10) das Dienstmädchen Marie N. mit 25 Thlrn. rückständigem Gesindelohn;

11) Adolph M. als früherer Mündel des Cridars auf 500 Thlr., die derselbe aus der 1839 angetretenen, im März 1846 beendeten Vormundschaft rückständig geblieben;

12) der Schneider J. mit 200 Thlrn. für gefertigte Kleider;

13) der Apotheker Gotthard mit einer Darlehnsforderung von 1800 Thlrn., wofür ihm in einer öffentlichen Urkunde vom 3. Jan. 1841 ein Pfandrecht am ganzen Vermögen des Cridars bestellt ist;

14) der Bruder des Cridars, Georg Schmidt, welcher 125 Thlr. beim Cridar deponirt hatte, die sich jedoch nicht mehr als Depositum vorfinden.

CCXII. Der Handelsmann Drakenborch in Grünheim, der zugleich Untercollecteur der Sächsischen Landeslotterie war, kündigte im October 1840 bei Gericht seine Insolvenz an. Bei der gerichtlichen Inventur seines Vermögens fanden sich unter seinen Effecten 134 noch nicht abgesetzte Achtelloose zur ersten Classe der 19. Landeslotterie vor, welche D. aus der M'schen Hauptcollection zum Vertriebe erhalten hatte.

Als das Concursgericht hiervon den immittelst bestellten Gütervertreter in Kenntniß setzte, beantragte dieser, die 134 Achtelloose zum Besten des Creditwesens, jedoch nur zur ersten Classe zu spielen, die M'sche Hauptcollection aber in Betreff der dem jetzigen Gemeinschuldner creditirten Zahlung jener Loose an das Creditwesen zu weisen.

Beides geschah, nahm jedoch für das D'sche Creditwesen eine höchst ungünstige Wendung. Auf die sämmtlichen 134 Achtelloose fiel nämlich bei der Ziehung erster Classe mehr nicht, als ein einziger Gewinn von 5 Thalern und kaum war die Ziehung vorüber, als von dem Hauptcollecteur M. bei dem Concursgericht eine Berechnung des ihm für die fraglichen Loose zukommenden Saldos, welches 128 Thaler betrug, mit der Erklärung übergeben wurde, daß, wenn er dieses Saldo nicht binnen 8 Tagen aus der Concursmasse bezahlt erhalte, er auf dessen Berichtigung wider dieselbe klagen werde. Da ihm dies vom Gütervertreter verweigert wurde, so trat er auch wirklich mit der angedrohten Klage hervor, in welcher er außer den schon angeführten Thatsachen noch Folgendes hervorhob:

Der Untercollecteur D. habe die fraglichen Loose nur zum Debit und eventuell zur Zurücksendung erhalten. Der Concurs sei nun zwar vor dem zur Rücksendung bestimmten Termine ausgebrochen; allein die beklagten Gläubiger seien eben dadurch an die Stelle D's getreten und da sie die Loose nicht zurückgesandt, so seien sie zum Ersatz der Einlage, welche er (Kläger) habe berichtigen müssen, verpflichtet.

Hiergegen schützte der Gütervertreter im Namen der Gläubiger vor:

1) auf den fraglichen Loosen stehe:

„Inhaber dieses hat zur 1sten Classe 19ter Lotterie — für das ⅛tel Loos 1 Thlr. 1 Ngr. — baar im 14 Thalerfuß entrichtet."

Darin sei eine Quittung für die Einlagegelder 1ster Classe enthalten, die Loose mithin Eigenthum des Gemeinschuldners gewesen. Habe Kläger diesem den Betrag creditirt gehabt, so möge er seinen Anspruch deshalb gegen das D'sche Creditwesen geltend machen.

2) Auf diesen Weg sei ja Kläger auch auf Antrag des Beklagten durch das Gericht verwiesen worden, weshalb Kläger sich auch nicht auf den Beschluß, die Loose zur 1sten Classe zu spielen, berufen könne, weil

mit diesem Beschlusse die Verweisung des Klägers an das Creditwesen verbunden, also darin durchaus keine Erklärung, die Verbindlichkeit für die Einlagegelder zu übernehmen, ausgesprochen gewesen sei. —

3) Auch sei Kläger bereits auf andere Weise befriedigt, wenigstens sei dies anzunehmen, da Kläger nicht angeführt habe, daß er auch die Loose der folgenden Classe besitze und für die Gläubiger zu überlassen bereit sei, oder daß er dieselben auf Rechnung der Lotteriedirection, nicht aber zu eignem Vortheil, verkauft habe. Demnach sei zu präsumiren, daß er entweder die Loose für seine eigne Rechnung verkauft — dann habe er offenbar nach dem beim Lotterielooshandel üblichen Geschäftsgange auch das Einlagegeld für die 1ste Classe von den Käufern erhalten und würde mithin durch Geltendmachung des eingeklagten Anspruchs seine Forderung zweimal erhalten, — oder daß er jene Loose selbst fortgespielt, in welchem Falle er sich auch nicht entbrechen könne, den Betrag der 1sten Classe aus eigenen Mitteln zu tragen. —

4) Höchstens stehe dem Kläger ein Vindicationsrecht auf die Loose 1ster Classe zu, womit er aber nicht hervorgetreten sei.

---

§. 250—252.

CCXIII. Zu Anfang des Jahres 1846 sicherte der Pachter Jahn in B. dem Kaufmann Werth in G. zu, er wolle, sobald er sich entschließe, seinen Waizen zu verkaufen, ihm dies melden. Im April desselben Jahres meldete er auch brieflich dem W., er könne jetzt 80 Malter bekommen. W. bot ihm darauf $9^1/_2$ Thlr. für das Malter, Jahn aber antwortete, er könne das Malter nicht billiger als für 10 Thlr. geben, dafür könne es W. haben; er wolle, fügte er hinzu, Werth's Erklärung bis zum 22. Mai abwarten.

Schon am 18. Mai fand sich Werth bei Jahn ein, um ihm seine Zustimmung zu erklären und den Waizen gegen Zahlung in Empfang zu nehmen. Jahn rief ihm aber gleich beim Eintritte und ohne W. vorher zu Worte kommen zu lassen, zu: „Warum sind Sie nicht früher gekommen — ich habe den Waizen schon verkauft." Werth erwiderte ihm, er habe nicht früher kommen und seine Annahme erklären können — allein Jahn beharrte auf seiner Weigerung, den Waizen zu liefern.

Werth wünscht zu wissen, ob er auf Lieferung und Entschädigung klagen könne? —

CCXIV. Am 28. Juni 1829 (der auf einen Sonntag fiel) schlossen zu Rothenburg der Handelsmann Jäkel daselbst und der Kaufmann Schröter aus Fulda einen Vertrag ab, wonach der erstere dem letzteren 100 Centner Rüböl zu 10 Thalern per Centner zu liefern versprach, was er auch später vertragsmäßig erfüllte. Bei Gelegenheit dieses zwischen 5 bis 6 Uhr Abends eingegangenen Vertrags wurde ferner verabredet, daß das bereits abgeschlossene Geschäft zu demselben Kaufpreis auf weitere

200 Centner Rüböl erstreckt werden solle, wenn es dem Käufer gefällig wäre, von dieser Offerte des Verkäufers innerhalb 8 Tagen Gebrauch zu machen. Schröter bemerkte dabei, die Post von Fulda komme erst am Montag in Rothenburg an, wenn er auch schon Sonntags den Brief abgebe, worauf Jäkel erklärte, er wolle es in der Berechnung nicht so genau nehmen, auf einen Tag mehr oder weniger solle es nicht ankommen. Unmittelbar darauf stieg das Oel sehr im Preise und Schröter verkaufte bereits am 1. Juli die 200 Centner an X. zu 13 Thaler pro Ctnr. Desgleichen verkaufte aber auch Jäkel seinen Vorrath, da er am 1. Juli noch keine Antwort von S. hatte, an M. zu 14 Thlr. pro Ctner. Erst am 9. Juli erhielt er einen Brief von Schröter, der vom 5. Juli datirt war, durch die Post, worin Schröter die Annahme der Offerte erklärt. Er antwortet ihm sogleich, die Annahme sei zu spät gekommen.

Kann Schröter klagen? Kommt Etwas darauf an, ob der Poststempel von Fulda vom 5. oder 8. Juli ist?

CCXV. Der Postmeister Oschmann beabsichtigte von dem Gasthofspachter Hartung ein Paar Pferde zu kaufen, fand aber den Preis von 110 Thalern, den derselbe verlangte, zu hoch, und wollte sich nur zu 100 Thlr. verstehen. Nachdem sie, ohne sich deshalb verständigt zu haben, aus einander gegangen, offerirte Hartung an demselben Tage durch einen Boten dem Postmeister O. die Pferde für 105 Thaler. Der Bote traf den letztern nicht in seiner Wohnung an und kehrte daher, nachdem er seinen Auftrag an einen Diener ausgerichtet, ohne Antwort zurück. Sobald Oschmann zurückgekehrt und von der Offerte benachrichtigt war, schickte er auf der Stelle einen seiner Postillone zu Hartung mit der Anfrage, ob er nicht die über sein früheres Gebot verlangten 5 Thaler theilen wolle, so daß der Kaufpreis auf 102½ Thaler gesetzt werde. Hartung wies jedoch diesen Vorschlag zurück, worauf Oschmann noch an demselben Tage Abends die verlangten 105 Thaler bewilligte und unter sofortiger Bezahlung der Kaufsumme um Ausantwortung der Pferde bitten ließ.

Hartung jedoch verweigerte dies mit dem Bemerken, er müsse nun 115 Thaler verlangen, da ihm dieser Preis von einer andern Seite inzwischen geboten sei.

In der deshalb von Oschmann gegen Hartung eingereichten Klage wird behauptet, der an Hartung gesandte Postillon habe ausrichten sollen:

„O. lasse zunächst fragen, ob H. mit der Hälfte der nun noch über das frühere Gebot verlangten Summe von 5 Thalern nicht zufrieden sein wolle."

Dagegen behauptet der Beklagte, der im Uebrigen den Thatbestand der Klage einräumt, der Postillon habe seinen Auftrag mit den Worten ausgerichtet:

„Sein Herr lehne die ihm von H. gemachte Offerte ab, wolle aber die Pferde kaufen, wenn die 5 Thaler, um die sie noch aus einander wären, getheilt würden."

Kommt Etwas darauf an, ob das erste oder das zweite Anführen erwiesen wird?

Wie ist die Beweislast zu bestimmen?

CCXVI. Im Fürstenthume N. ist es gesetzliche Vorschrift, daß ein jeder Viehhandel erst von da an Gültigkeit haben solle, wo er durch den Ortsschultheißen protokollarisch aufgenommen worden sei. Unterbleibe dies, so sei „jeder Kauf oder Tausch von Vieh, wenn es zur Klage komme, als null und nichtig anzusehen."

In diesem Lande verkauft nun der Pachter Armstroff an den Juden Moses zwei Pferde um den Preis von 200 Thlrn., creditirt dem Käufer den letztern auf 6 Wochen und tradirt die Pferde, ohne daß dieser Handel vorschriftsmäßig protokollirt worden wäre.

Moses verkauft schon nach 14 Tagen die beiden Pferde weiter an Schmidt für den Preis von 232 Thlrn., bezahlt aber nach Ablauf der 6 Wochen den Kaufpreis nicht an Armstroff.

1) Kann Armstroff klagen?

2) Wenn er es kann — gegen wen und mit welcher Klage?

a. Kann er auf den Kaufpreis klagen? Dafür läßt sich sagen, daß zwar wegen jener gesetzlichen Vorschrift kein Kauf vorliege, darum aber doch der Vertrag als ein ungenannter Contract anerkannt werden könne.

b. Kann er gegen Moses auf Rückgabe oder Ersatz der Pferde klagen? Mit welcher Klage?

3) Könnte umgekehrt Moses, wenn das eine der Pferde sich als fehlerhaft herausstellte, gegen A. aus dem ädilicischen Edicte klagen?

CCXVII. Der Pferdehändler Wolf kam am 1. Mai 1841 mit 24 Reit- und Wagenpferden auf den Pferdemarkt zu Mannheim. Der Hauptmann von Sternberg trat sogleich mit ihm in Kaufunterhandlungen über einen Schimmel. Beide trennten sich Abends unverrichteter Sache; Sternberg hatte zuletzt 60 Louisd'or geboten, Wolf 65 Louisd'or gefordert.

Am andern Morgen um 8 Uhr schickte Sternberg aus dem Gasthause, in welchem er logirte, einen Lohnbedienten zu Wolf mit dem Auftrage, diesem zu sagen, daß er für den Schimmel jetzt die geforderten 65 Louisd'or zu geben sich entschlossen habe. Zugleich übergibt er dem Lohnbedienten in Papiergeld diese Summe, um sie, wenn Wolf das Pferd noch nicht verkauft habe, ihm zu bezahlen.

Dieser begegnete auf der Straße einem Stallknechte des Wolf, der das bezeichnete Pferd gerade nach dem Gasthofe bringen wollte. Von diesem Stallknechte hörte der Lohnbediente, daß Wolf demselben den Auftrag ertheilt habe, dem Herrn von St. das Pferd mit der Erklärung zu überbringen, daß er es jetzt um den angebotenen Preis von 60 Louis-

d'or ihm überlassen wolle. Der Lohnbediente überbringt nun dem Wolf nur 60 Louisd'or und läßt das Pferd zu Herrn von St. führen.

Bald darauf hört Wolf sowohl als St. den wahren Hergang der Sache.

Wolf glaubt nun, er könne entweder von St. oder vom Lohnbedienten 5 Louisd'or fordern. —

St. seinerseits hält sich für berechtigt, von dem Lohnbedienten die Rückgabe der 5 Louisd'or zu verlangen.

Ist das Eine oder das Andere richtig?

CCXVIII. Am 11. Mai 1843 gelangte durch Staffette an den Subcollecteur Ortmann in dem Städtchen X. die Nachricht, daß in seiner Subcollection auf ein Achtelloos der Gewinn vom großen Loose, bestehend in 10562 Thalern, gefallen sei. Nachdem Ortmann sich überzeugt hatte, das fragliche Achtellos sei von dem Buchbinder Heuer gespielt, so eilte er zu diesem, um ihm die freudige Nachricht zu verkünden.

Er versetzte denselben dadurch in das höchste Entzücken und als er auf Heuer's Frage, wieviel der Gewinn betrage, geantwortet: „Er beträgt etwas über 10000 Thaler — aber Du bist es ja wohl zufrieden, wenn ich Dir 10000 Thaler in runder Summe gebe?" erwiederte Heuer ohne Bedenken: „Ja, Bruderherz, ich bin damit zufrieden."

Dessenungeachtet ließ sich Heuer kurz darauf von der Hauptcollection zu M. die ganze Summe von 10562 Thalern auszahlen, ohne den Ueberschuß über die 10000 Thaler an Ortmann abzuliefern. Als dieser ihn mahnte, entgegnete Heuer, er habe mit einem Advocaten gesprochen, von welchem ihm versichert worden sei, er dürfe einer Klage von Ortmann's Seite ohne Furcht entgegensehen; denn

1) habe er sich an jenem Tage, wo ihm der Gewinn bekannt geworden, in einem Zustande der höchsten freudigen Aufregung befunden, so daß er sich civilrechtlich nicht habe verpflichten können;

2) habe in der Erklärung, er sei mit der Auszahlung von 10000 Thalern zufrieden, durchaus keine Schenkung des Ueberschusses gelegen; denn damit, daß Jemand eine gewisse Summe zahlen solle, sei keineswegs gesagt, er solle nicht mehr zahlen; jedenfalls sei das Versprechen zu unbestimmt gewesen;

3) wenn in jenen Worten wirklich ein Schenkungsversprechen gefunden werden könnte, so sei doch dasselbe unwirksam, weil Ortmann es nicht sofort acceptirt habe.

Ortmann bittet um ein Gutachten, ob er bei so bewandten Umständen wohl mit einer Klage durchdringen werde.

CCXIX. Der Oeconom Fischer hatte erfahren, daß der Bauerngutsbesitzer Heller sein in G. gelegenes Bauerngut durch verschiedene Personen zum Verkaufe ausbieten lasse. Um deshalb mit Heller in Unterhandlung zu treten, begab sich Kläger eines Abends in die Schenke zu P., weil er gehört hatte, daß H. gleichfalls dahin kommen werde. Er

traf auch den letztern wirklich daselbst an und fragte ihn in Gegenwart mehrerer Personen:

„Sind Sie, Herr Heller, noch gesonnen, ihr Gut zu verkaufen? Wenn sie es verkaufen wollen, so will ich es Ihnen abkaufen."

Heller erwiderte darauf:

„Ei warum denn nicht? O ja!"

worauf Fischer den H. weiter fragte:

„Nun, was wollen Sie denn haben für Ihr Gut mit Allem, was da ist, wie es steht und liegt?"

Heller forderte 11200 Thlr. und Fischer äußerte dabei fragend, da bekomme er wohl die Auszüglerin mit, was H. bejahte.

Auf die weitere Frage Fischer's, wie viel Acker H. zu seinem Gute habe, schwieg H., anscheinend bei sich überlegend, etwa eine Minute lang still und erst als ihn Fischer an die Antwort erinnerte mit den Worten:

„Nun, haben Sie sichs überlegt? Wie viel haben Sie denn Acker?"

erwiderte Heller: „Fünf und dreißig."

Hierauf erklärte Fischer:

„Nun, da sind wir einig! Fünf und dreißig Acker in G'scher Flur sind mir für diesen Preis nicht zu theuer: hier haben Sie Geld." —

Dabei legte er dem H. 100 Thlr. in einem Beutel als Angeld hin mit der Frage, ob er es aufzählen solle. Heller aber nahm es nicht vom Tische weg, auf welchen Fischer es gelegt hatte, sondern murmelte vor sich hin:

„Das geht doch nicht gleich so, das muß man sich doch noch überlegen."

Fischer, hierüber verwundert, hielt dem H. vor, daß der Handel doch schon geschlossen sei, da er, Heller, ja das gestellte Gebot bewilligt habe. H. bestand aber darauf, daß er sich's noch überlegen müsse. Hierüber entspann sich ein längeres Hin- und Herreden, wobei endlich Heller erklärte:

„Ich habe ja nicht 35 Acker, sondern nur 25."

Fischer bemerkte hierauf, daß solchenfalls eine verhältnißmäßige Minderung des geforderten und bewilligten Kaufpreises stattfinden müsse, daß er aber deshalb nicht ganz vom Kaufe abgehen wolle.

Ohne sich hierauf bestimmt zu erklären, schlich Heller nach einiger Zeit aus der Schenkstube fort, indem er die 100 Thlr. Angeld liegen ließ.

Fischer klagt jetzt auf Grund der erwähnten Thatsachen gegen H. auf Erfüllung des Kaufs gegen Zahlung des verhältnißmäßig auf 8000 Thlr. zu mindernden Kaufpreises. —

Ist diese Klage durch die obigen Thatsachen begründet?

---

§. 207.

CCXX. Ein Bäcker hatte seine Realbackgerechtigkeit an M. verkauft und als Angeld 110 Thlr. erhalten. Nach dem Kaufcontracte sollte eine weitere Zahlung (von 1390 Thalern) bei der Uebergabe am 15. Juli

erfolgen. Diese Zahlung leistete jedoch der Käufer auf wiederholte Aufforderung nicht und der Verkäufer schloß daher, nachdem er ein halbes Jahr auf Erfüllung des Kaufs gewartet, einen anderweiten Kauf mit einem Dritten ab.

Unter Angabe dieser Thatsachen fordert jetzt M., der erste Käufer, die angezahlten 110 Thaler zurück. Der Beklagte weigert sich dessen und verlangt Abweisung der Klage, weil aus dem Kaufcontracte nur auf Erfüllung desselben hätte geklagt werden können, nicht auf Auflösung durch *einseitigen* Rücktritt. Er würde seinerseits am 15. Juli erfüllt haben, wenn Kläger die noch rückständigen 1390 Thaler hätte bezahlen wollen. — Dagegen bemerkt der Kläger, der Kaufcontract bestehe gar nicht mehr; denn Beklagter habe durch den anderweiten Verkauf, also durch eine concludente Handlung, seinen Rücktrit erklärt und diese Erklärung sei von ihm, dem Kläger, durch die jetzt angestellte Klage acceptirt worden, wodurch ein späteres Erbieten zur Erfüllung ausgeschlossen sei.

CCXXI. Der Handarbeiter *Fröhlich* hatte von dem Bauer *Blumentritt* zwei Wagen mit Bohlen, mit denen er zur Stadt gefahren, gekauft und demselben als Handgeld 10 Thlr. gegeben. Er bat ihn, einstweilen am Thore zu warten, bis er mit dem Gelde komme, was ihm auch B. versprach. F. eilte nun zu dem Tischler Hermann und verkaufte demselben die Bohlen mit 15 Thlr. Profit mit dem Versprechen, die beiden Wagen vorfahren zu lassen. Als er aber zu dem Platze, wo er B. verlassen hatte, zurückkam, fand er denselben nicht mehr vor und erfuhr auf Nachfrage, daß B. seine Waare an den Tischler Z. verkauft habe. —

F. will gegen B. auf Rückgabe der 10 Thlr. und überdies auf Ersatz der 15 Thlr., die er durch den Verkauf an H. gewonnen hätte, klagen.

B. seinerseits meint, durch das Handgeld sei nur er berechtigt worden, wenn F. sich der Kauferfüllung weigere, zu klagen.

Für Fröhlich sei daraus kein Recht erwachsen. Höchstens könne die *Rückgabe der 10 Thaler* verlangt werden. —

---

§. 255.

CCXXII. Nachdem in dem oben Nr. LXVII mitgetheilten Falle für die *Wittwe* entschieden worden war, klagt die geschiedene Frau v. B. gegen den Staatsanwalt gleichfalls auf Auszahlung der Pension; sie stützt sich dabei hauptsächlich auf einen Beschluß des Kriegministeriums vom 10. Februar 1836, worin dasselbe ihr, der geschiedenen Frau, auf Grund des Staatsdienstgesetzes die Pension ohne Vorbehalt aus der Kriegskasse angewiesen hatte. Darin, meint die Klägerin, liege ein hinreichender Grund für Entstehung einer Verpflichtung.

Der beklagte Staatsanwalt entgegnet, wenn wirklich durch den angeführten Beschluß des Kriegsministeriums der Klägerin ein Anspruch hätte *gegeben* werden *sollen* und *können*, so würde der Staat von dem

ihm zustehenden Rechte der Minderjährigen Gebrauch machen und um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten müssen.

Wäre dieses Gesuch hier begründet? —

CCXXIII. Der Deconom Schindel hatte bei dem Gastwirth Glaser ein Pferd stehen, mit dessen Verkaufe für die Summe von 110 Thalern der Letztere beauftragt war. Das Pferd gefiel dem Schwager Glaser's, dem Inspector Riemann aus Z., nur war diesem der Preis zu hoch, indem er nur 80 Thlr. dafür zu geben gesonnen war. Glaser, der ihm wegen einiger Gefälligkeiten verpflichtet war, überließ es ihm jedoch für 80 Thaler; die übrigen 30 Thlr. legte er aus eignen Mitteln hinzu und schickte den Kaufpreis von 110 Thalern an Schindel. Der Abschluß des Kaufs geschah am 2. März, die Benachrichtigung Schindel's davon am 15. März 1848.

Im October desselben Jahres fand Schindel bei seiner Rückkehr von einer Reise einen Brief Riemann's (datirt vom 16. April) vor, der ihn benachrichtigte, das Pferd, welches er von ihm gekauft, habe noch innerhalb der Zeit, binnen welcher bemerkte Fehler nach dem Z'schen Particular-Rechte der Verkäufer gegen den Käufer vertreten muß, den Staar bekommen. — Er bitte deshalb Schindel, ihm den gezahlten Kaufpreis zurückzuschicken, das Pferd stehe bereits wieder bei Glaser.

Schindel antwortete hierauf, wenn wirklich das Pferd ganz unbrauchbar sei, so würde er seiner Verpflichtung zur Rückgabe des Kaufpreises von 110 Thalern sofort nachkommen; das Pferd werde leicht einen andern Käufer finden. Sollte er aber noch kein anderes Pferd, das ihm zusage, gefunden haben, so möge er doch statt der 110 Thaler ein Pferd nehmen, welches er, S., in seinem Stalle stehen habe und das ihm gewiß gefallen werde. — Riemann reist kurz darauf zu Schindel, um das Pferd zu besichtigen. Es wird ihm jedoch auf seine Nachfrage erwiedert, das Pferd sei zwar noch im Stalle, allein bereits an X. für 120 Thaler verkauft.

Hierdurch sieht sich Riemann veranlaßt, gegen Schindel im Juli 1849 zu klagen und zwar richtet er sein Petitum alternativ auf Lieferung des Pferdes oder Zahlung des von X. versprochenen Kaufpreises. Er stützt diese Klage lediglich auf das erwähnte Antwortschreiben Schindel's.

Schindel entgegnet der Klage

1) es fehle in derselben das Anführen, aus welchem Grunde der frühere Verkauf habe aufgehoben werden müssen;

2) jedenfalls hätte Kläger sich darauf beschränken müssen, 80 Thaler zurückzufordern; denn nur so viel habe er, wie Beklagter jetzt erfahren, an Glaser bezahlt.

In der Replikschrift wird

ad 1) bemerkt, jenes Antwortschreiben sei für sich genügend, eine Verpflichtung zu begründen;

ad 2) ein constitutum sei nach heutigem Rechte auch für eine höhere

Summe, als die ursprünglich geschuldete, wirksam — auch hinsichtlich des Ueberschusses. —

Eine u. A. in Betracht kommende Stelle ist

l. 18 §. 1 D. de pec. const. (13. 5) Ulp.:

Quod adjicitur: eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat; quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

---

§. 256.

CCXXIV. Werner klagt gegen Frenzel auf Zahlung des Miethpreises für das letzte Halbjahr und zugleich auf Räumung des bisher vom Beklagten bewohnten Quartiers. Er begründet diese Klage hinsichtlich des zweiten Punktes damit, daß er das Haus, in welchem Beklagter ein Quartier inne habe, vor einem halben Jahre von dem bisherigen Eigenthümer, Gorckart, gekauft. An dessen Miethverträge sei er jedoch natürlich nicht gebunden.

Er fügt zugleich als Beweisurkunde den Kaufvertrag zwischen ihm und G. bei. Da es nun in diesem ausdrücklich heißt: Käufer solle verpflichtet sein, den Theil des Hauses, welchen F. bisher bewohnt, demselben als lebenslängliche Miethwohnung zu lassen, so fügt Kläger zu seiner Rechtfertigung noch hinzu, dieser Nebenvertrag sei ein Vierteljahr später, und noch bevor Beklagter denselben acceptirt, wieder aufgehoben worden, was er gleichfalls durch das betreffende Document belegt.

Der Beklagte setzt dem Angeführten entgegen:

1) er habe gegen G. ein Recht auf lebenslängliche Gewährung der fraglichen Miethwohnung. In dieses Recht sei W. als dessen Successor eingetreten;

2) es bedürfe des Beweises für dieses Recht gar nicht, denn es sei in dem vom Kläger producirten Documente anerkannt und schon aus dieser bei dem Verkauf übernommenen Verpflichtung folge nothwendig die Unzulässigkeit der angestellten Klage. Der spätere Widerruf von Seiten des W. sei zu spät erfolgt, da Beklagter zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend durch Wohnenbleiben in seinem Logis seine Einwilligung und Acceptation an den Tag gelegt habe.

CCXXIVa. A. kaufte von X. ein Gütchen zum Preise von 1000 Thlrn., zahlte vertragsmäßig darauf sofort 200 Thlr. und versprach den Rest beim Ableben des X. an den Y., welchem X., wie es im schriftlichen Kaufcon-

tracte heißt — damit diese Summe geschenkt haben will", abzutragen. Ferner war ausgemacht, daß Käufer erst nach des Verkäufers Tode das Object des Handels „in Besitz nehmen und als sein Eigenthum nutzen dürfe." Nach dem 2 Jahre später erfolgten Ableben des X. und erfolgter Besitzergreifung des Käufers vergingen fernere 3 Jahre, während welcher A. das Gütchen bewirthschaftete, da er aber nichtsdestoweniger dem Y. den Kaufgeldrest vorenthielt, erhob letzterer Klage auf Zahlung. Beklagter wandte ein, sein Gegner könne, weil er den mit X. eingegangenen Contract gar nicht mit abgeschlossen, auch die Schenkung nicht acceptirt habe, auf das rückständige pretium überall keinen Anspruch machen, er sei weder Erbe noch Singularsuccessor des X. geworden, dessen Erben seien vielmehr zur Zeit unbekannt. Kläger giebt diese factischen Angaben, insonderheit, daß er den X. nicht beerbt habe, zu, behauptet aber, daß er dem Vertrage zwischen A. und X. beizutreten und die Schenkung zu acceptiren, nicht Gelegenheit gehabt, weil er weder von dieser noch von jenem bis kurz vor der Klageanstellung gewußt, durch letztere aber das etwa Versäumte noch zeitig nachgeholt habe. Außerdem opponirt er die replica doli, welche darin liege, daß A. die ihm contractlich zugesicherte Besitzergreifung und Nutzung des Kaufobjects zur Ausführung gebracht habe. Dieses involvire einen Verzicht auf Anfechtung des Vertrags in jeglicher Bestimmung desselben, ein Verzicht liege auch schon in der Zahlung der gleich anfänglich berichtigten 200 Thlr.

Kommt auf die von A. geleugnete Wissenschaft des Y. etwas an? Wird er im Falle der Verneinung dieser Frage oder unter Voraussetzung seiner Nichtwissenschaft mit seiner Klage durchbringen?

CCXV. Mehrere Einwohner zu G. theilen dem N. im J. 1849 folgende Thatsachen zum Behufe eines ihnen zu ertheilenden Gutachtens mit:

Der Buchhändler Meyer kündigte im J. 1839 ein „Conversationslexikon" an, welches laut des ausgegebenen Prospectus innerhalb 4 Jahren in 252 Lieferungen à 7 Sgr. vollständig erscheinen sollte. Wir subscribirten darauf bei dem Sortimentsbuchhändler G. und erhielten von demselben die Lieferungen so, wie sie erschienen, zugesandt. Die Zahl der bis jetzt erschienenen Lieferungen beträgt jedoch gegenwärtig schon 252 und doch ist das Werk nach Ablauf von 9 Jahren erst bis zum Buchstaben F. vorgerückt. Das ganze Werk wird demnach voraussichtlich — auf diese Art fortgesetzt — auf mehr als 200 Thaler zu stehen kommen, obgleich der Preis nach der Ankündigung sich nur auf 58 Thlr. 24 Sgr. belaufen sollte. Es fragt sich daher, welcher Weg von uns einzuschlagen sei: ob wir die demnächst erscheinenden Lieferungen annehmen dürfen, ohne den Anspruch auf Bezahlung derselben fürchten zu müssen? oder ob wir die empfangenen Lieferungen gegen Erstattung des Gezahlten zurückgeben können? Können wir verlangen, daß uns ein vollständiges Conversationslexikon in 252 Lieferungen für den festgesetzten Preis von M. geliefert werde? M. hatte in dem Prospectus eine Anzahl Gelehrter als Mitarbeiter genannt — liegt darin eine unverbindliche promissio facti alieni?

Daß ein vollständiges Conversationslexikon in dem versprochenen Umfange möglich sei, beweist das Brockhausische Conversationslexikon. Endlich: Gegen wen können wir klagen — gegen G. oder gegen M.? —

Noch ist zu bemerken, daß einer der Quärenten, L., da er wegen eines bei G. erscheinenden Verlagswerkes mit diesem in Abrechnung steht, noch Nichts baar bezahlt hat. Ein anderer, R., hat zwar Etwas bezahlt, aber nur 19 Thlr. 18 Sgr. Dabei kommt in Betracht, daß das Werk der Ankündigung gemäß in 21 Bänden, jeder Band aber in 12 Lieferungen erscheinen sollte. Diese Zahl der Bände ist auch bisher noch nicht überschritten, sondern nur die der Lieferungen, indem einzelne Bände über 70 Lieferungen enthalten. Nun bilden die bis jetzt erschienenen Lieferungen die 7 ersten Bände; die von R. bezahlten 19 Thlr. 18 Sgr. (die er erst jetzt als Abschlag auf die ganze Schuld bezahlt hat) sind gerade der Preis von 7 Bänden nach dem ursprünglichen Plan, wonach jeder Band nur 12 Lieferungen enthalten sollte.

§. 257.

CCXXVI. Der Gastwirth Ulrich in M. suchte sich in manchen mißlichen Vermögenslagen auf vielerlei Art zu helfen. Unter andern bewog er einige seiner Gäste und Freunde, ihm unter dem 16. Jan. 1840 folgende Urkunde auszustellen:

„Wir Endesunterzeichnete erbieten uns hiermit, nach Ablauf von „2 Monaten a dato an Johann Ulrich dahier oder dessen Verordnung diejenige Summe, welche wir bei Unterschrift unseres Namens hier beigesetzt „haben, zu zahlen, unter dem ausdrücklichen Vorbehalte, daß Jeder nur „für die Zahlung der seinem Namen beigesetzten Summe haftet."

Darauf folgten in der Urkunde 14 Unterschriften, bei denen allen die Summe von 25 Gulden hinzugefügt war bis auf eine, wo dieselbe auf 50 fl. lautete. Die unterzeichnete Summe betrug im Ganzen 400 Gulden.

Dieses Document cedirte Ulrich den 20. Dec. 1820 dem Juden G. mittelst einer Urkunde, welche dahin lautete: „Da ich dem Herrn G. vermöge der stadtgerichtlichen Verhandlung vom 14. Dec. d. J. 360 fl., „Zinsen ungerechnet, schuldig geworden und Herr G. mir annoch 57 fl. „baares Geld geliehen hat, so habe ich ihm die von verschiedenen Freun-„den mir am 16. Jan. l. J. ausgestellte Schuld-Urkunde mit dem Rechte „übertragen, die darauf bemerkten Beträge auf den Fall gegen die dort „Unterzeichneten geltend zu machen, wenn ich mit Zahlung der Schuld in „kleinen Zielen nicht einhalten sollte."

Nachdem im Januar 1821 Ulrich in Concurs verfallen, klagt G. gegen die Subscribenten unter Producirung der Schuldurkunde und des Cessionsdocuments. Die Beklagten erkennen zwar die Aechtheit der Urkunde an, bestreiten aber besonders, daß G. daraus ein Klagerecht herleiten könne, weil U. keine Cession oder doch nur eine bedingte am 20. Dec. 1820 gegen den Kläger vorgenommen und weil Ulrich selbst

aus der Schuldurkunde kein Recht erworben habe. Der Zweck bei ihrer Ausstellung sei lediglich der gewesen, dem U. Credit zu verschaffen. Eine Forderung gegen die Subscribenten habe er nicht gehabt.

Wie ist zu entscheiden?

CCXXVII. Kann aus folgendem Documente:

„Hierdurch bekenne ich, daß ich Frauen W. geb. Z. zu M. die Summe von 300 Thlrn. in Louisd'or schuldig bin und verspreche, diese Summe nach Beendigung des S'schen Creditwesens an Madame W. zurückzuzahlen.

F., den 3. Juli 1840. Johann D."

ohne weiteren Zusatz geklagt werden?

181.

§. 258.

CCXXVIII. Der Commis Bernhard spielte in einem Gasthofe Billard mit dem Kellner Friedrich. Das Gespräch fiel dabei auf Billardkunststücke und Friedrich löste eine besonders künstliche Aufgabe zweimal glücklich. Bernhard versuchte es gleichfalls und der Versuch glückte ihm ebenfalls zweimal, worauf er sofort die ganze Aufgabe für sehr leicht erklärte. Friedrich war anderer Meinung und behauptete, es werde dem B. zum dritten Male nicht gelingen. Bernhard erbot sich dessenungeachtet zur Wiederholung, indem er für den Fall des Mißlingens dem F. einen Ducaten versprach; dafür aber sollte F. dem B. im Fall des Gelingens gleichfalls einen Ducaten geben. Friedrich nimmt dies an, B. macht den Versuch, aber derselbe mißlingt; er erbietet sich zur Wiederholung unter Einsatz des Doppelten; F. ist es zufrieden, allein der Versuch mißlingt nochmals. So wird der Versuch 11mal hinter einander mit gleich ungünstigem Erfolge wiederholt, immer mit dem Versprechen des Doppelten und am Ende hatte B. an F. die Summe von 2084 Ducaten verloren. —

Kann F. darauf klagen?

CCXXIX. Der Bauer Duwe im Holsteinschen, ein 60jähriger Mann, hegte eine besondere Neigung zum Vorlesen und glaubte darin eine unübertreffbare Fertigkeit zu besitzen. Eines Abends befand er sich im Hause der Grell'schen Eheleute und stellte gegenüber dem zugleich anwesenden Schullehrer Thran seine gewöhnliche Behauptung auf, daß Niemand ihm in der Fertigkeit des Lesens gleich komme, geschweige ihn darin übertreffe.

Als hierauf der Schullehrer geäußert, Duwe solle dies nicht so zuversichtlich behaupten und als er im Verlaufe des Gesprächs hinzugefügt, daß z. B. die mitanwesende Grell'sche Ehefrau vielleicht ebenso gut, wo nicht besser lese, als er, so wandte sich Duwe scheinbar eine solche Be-

hauptung übelnehmend an die Grell'sche Ehefrau und versprach, ihr 1000 Thlr. zu geben, wenn sie wirklich besser lesen könne, als er. Die Angeredete, bisher bloße Zuhörerin, nahm mit Einwilligung ihres gegenwärtigen Ehemanns dieses Versprechen durch Wort und Handschlag förmlich an. Darauf verabredeten Beide (D. und Frau G.) eine Leseprobe unter folgenden Bedingungen: 1) Innerhalb 14 Tagen bestimmt D. einen Tag zu dieser Leseprobe; 2) in der Bibel wird gelesen und zwar in Jesus Sirach; 3) die Leseprobe wird in der Schule zu M. gehalten; 4) Herr Pastor J. und sonstige beiderseits zu erwählende Sachverständige sollen als Schiedsrichter bei gedachter Leseprobe zugezogen werden.

Da Duwe hinterher sich weigerte, die Leseprobe in's Werk zu richten, so reichte die G'sche Ehefrau eine Klage gegen ihn ein, worin sie bat, den Beklagten schuldig zu erkennen, innerhalb 14 Tagen eine Leseprobe auf jene verabredete Weise anzustellen und wenn durch die Sachverständigen der Klägerin eine vollkommenere Fertigkeit im Lesen zugesprochen würde, die auf diesen Fall versprochenen 1000 Thaler zu bezahlen. —

Ist die Klage begründet?

Welches Rechtsgeschäft war zwischen D. und der G'schen Ehefrau abgeschlossen worden?

Der Advocat der Klägerin hebt als solche Rechtsgeschäfte, worunter das hier fragliche zu stellen, hervor

1) die Wette — oder wenn eine solche nicht für erlaubt gelten sollte,

2) pactum do ut facias; oder

3) bedingte Schenkung —

4) Auch als ein im Römischen Rechte erlaubtes certamen pro virtute könne der Vertrag betrachtet werden, dem überdies das Anständige nicht mangle, da aus der Bibel und in der Schulstube, nicht etwa in einer Schenke sollte gelesen werden.

5) Die ausgelobte Summe lasse sich füglich auch vergleichen mit den Preisen, wie sie von einer wissenschaftlichen Gesellschaft oder von einem Privatmanne auf die beste Abhandlung oder Rede über einen interessanten Gegenstand ausgesetzt werden. So sei hier eine Prämie auf die größere Fertigkeit in der edlen Lesekunst gesetzt worden.

CCXXX. Der Kaufmann Meißner befand sich eines Abends in Gesellschaft mehrerer anderer Personen, worunter auch der Actuar Schmidt, in dem Gasthofe zu X. Bei dieser Gelegenheit behauptete Meißner, daß er für eine in R. belegene Spinnerei nebst Zubehör, die er kürzlich bei gerichtlicher Subhastation für 4000 Thlr. erstanden, an Lehngeld und Kosten für die Adjudication und Lehnreichung nicht mehr, als 21$^1/_2$ Thlr. bezahlt habe. Diese Angabe bezweifelten mehrere Anwesende und es entspann sich ein Gespräch darüber, in dessen Verlaufe Actuar Schmidt u. A. äußerte, wenn M. nicht mehr als 21$^1/_2$ Thlr. an Lehngeld und Kosten bezahlt habe, so könne er nicht wirklich mit einer für 4000 Thlr.

erstandenen Spinnerei beliehen sein. M. erklärte jedoch bestimmt, er sei beliehener Besitzer der Spinnerei und der dazu gehörigen Grundstücke und habe an Lehngeld und Kosten nur 21½ Thlr. bezahlt. Er fügte hinzu: Wer in seine Angabe Zweifel setze, dem biete er eine Wette an, wobei er 100 gegen 1 setzen wolle.

Schmidt machte zwar den M. darauf aufmerksam, daß er eine derartige Wette unmöglich gewinnen könne und gab ihm die juristischen Gründe mit Anführung der Sportel- und Stempel-Taxe zu erwägen. M. beharrte jedoch bei seiner Behauptung und wiederholte das Anerbieten einer Wette von 100 Thlrn. gegen 1 Thlr. Schmidt acceptirte nun diese Wette, machte sich verbindlich, im Fall, daß M's Behauptung richtig sein sollte, 1 Thlr. zu bezahlen und erbot sich, diesen Betrag einstweilen zu erlegen. Die Anwesenden wünschten zwar, daß M. ebenfalls seine 100 Thlr., die er eingesetzt, erlegen möge; M. äußerte jedoch, „er sei Mann genug; wenn er die Wette verliere, so werde er die 100 Thaler dem S. ohne Weiteres bezahlen."

Auf geschehene Nachforschung stellte sich heraus, daß M. zwar die Spinnerei für 4000 Thlr. erstanden, sein Erstehungsrecht aber an T. cedirt hatte, daß er daher auch die Spinnerei nicht in Lehn gereicht erhalten — auch in der Folge nicht erhalten könne. Schmidt, der bei einem andern als dem betreffenden Lehnsgerichte angestellt ist und daher nicht nothwendig die Verhandlungen in Betreff des M. kennen mußte, klagt gegen M. auf Gewährung der 100 Thlr.

CCXXXI. Der Fruchthändler Levi machte, als er eines Tages mehrere Fruchtwagen abladen ließ, einem der Arbeiter, dem Dienstknecht Hergel, den Vorschlag, wenn er einen 12 Metzen Korn enthaltenden Sack, ohne auszuruhen, auf die (nicht weit entfernte) Lahn trage, so wolle er ihm nicht nur diesen Sack, sondern auch seine ganze übrige Frucht, soviel er deren jetzt habe, geben — H. solle dagegen 5 fl. einsetzen. H. nahm diesen Vorschlag an und trug wider alles Erwarten in Gegenwart L's und der übrigen Arbeiter den Sack, ohne auszuruhen, bis an das Ufer der Lahn. Als er jedoch von L. das Versprochene verlangt, weigert sich derselbe, indem er bemerkt,

1) es sei ein unerlaubtes Rechtsgeschäft gewesen, aus welchem er nicht klagen könne;

2) er habe das Versprechen nur im Scherz gegeben und weil er die Erfüllung der Bedingung für unmöglich gehalten;

3) er habe im Sinne gehabt, H. solle, nachdem er mit sämmtlichen Wagen fertig sei, den letzten Sack an den bestimmten Ort tragen;

4) die Bedingung sei übrigens gar nicht erfüllt, denn er habe gemeint, daß H. zuvor 5 fl. deponiren solle, und daß er den Sack auf die Lahn, d. h. auf deren Wasserfläche tragen solle. Weder dem Einen noch dem Andern sei H. nachgekommen. —

CCXXXII. Der Müller Hagen wird von dem Böttchermeister Körner auf unentgeltliche Abtretung der dem Beklagten gehörigen Mahlmühle belangt auf Grund folgender Thatsachen:

In der Schenke zu N., wo sich Kläger und Beklagter eines Abends mit einigen Andern befunden, war K. von den Anwesenden im Gespräche wiederholt „Meister" angeredet worden. Hagen hatte dem K. die Berechtigung zu diesem Titel streitig gemacht und auf K's Erklärung, daß er in der That Böttchermeister sei, das Meisterrecht bei der Innung zu I. erworben habe und den erhaltenen Meisterschein vorzeigen könne, hatte H. erwiedert: „er setze sein Grundstück, die Mühle in C., dagegen, daß er, Körner, keinen Meisterschein habe und ihn vorzeigen könne." Darauf faßte K. den H. bei der Hand und sagte zu ihm: „Gut, Herr Hagen, das soll gelten. Hier sind 3 Zeugen zugegen. Bedenken Sie sich wohl, ehe ich fort und nach Hause nach meinem Meisterscheine gehe. Denn gehe ich nun fort und bringe ich dann meinen Meisterschein her, so ist Ihre Mühle meine." H. antwortete darauf: „Ja, ja, bringen Sie mir Ihren Meisterschein her und können Sie einen Meisterschein vorzeigen, so ist meine Mühle Ihre."

Alsbald hatte sich Körner nach Hause begeben und kehrte nach kurzer Zeit mit dem Meisterscheine, den er dem H. vorzeigte, in die Schenke zurück.

CCXXXIII. A. hatte dem B. ein Grundstück für 800 Thaler verkauft. Als er kurz darauf mit C. l'Hombre spielte, gab er in Ermangelung baaren Geldes schon vor dem Beginne des Spiels generell Anweisung auf die noch rückständigen Kaufgelder wegen seines etwaigen Verlustes. Er verlor in dem Spiele 502 Thlr. an B. und 205 Thlr. an C. Die letztern wurden von B. an C. berichtigt, gemäß der von A. geschehenen Anweisung.

Einige Zeit darauf klagt A. auf das rückständige Kaufgeld. B. will ihm die Compensationseinrede aus dem Spielverluste entgegensetzen. Kann er dies?

---

§. 259.

CCXXXIV. Dem Bürger Krumholz war eines Tags eine Brieftasche, welche 500 Thaler in Papiergeld enthielt, abhanden gekommen. Er zeigte dies nicht nur bei der Polizei an, sondern ließ auch im Wochenblatte bekannt machen, wer ihm wieder zu dem Seinigen verhelfe, solle 50 Thaler erhalten. An demselben Tage und ohne Etwas davon zu wissen, bemerkte Müller, der mit seinem Freunde Braun auf die Jagd gegangen, aufmerksam gemacht durch das Bellen des ihn begleitenden Hundes, in einem Verstecke einen verdächtigen Menschen. Er erkannte in demselben einen berüchtigten Dieb, der kürzlich dem Zuchthause entsprungen, rief seinen Gefährten Braun herbei und Beide setzten nun dem Men-

schen, der die Flucht ergriffen hatte, nach. Braun holte ihn ein; er würde ihn aber nicht haben festhalten können, wenn nicht der Bauer Frenzel des Wegs gekommen und ihm zum Beistand herbeigeeilt wäre. Als der Mensch darauf der Polizei überliefert worden, fand sich bei ihm die von K. vermißte Brieftasche mit dem Gelde. Nun erfuhren auch M., B. und F. von der im Wochenblatte, welches am Abend dieses Tages ausgegeben wurde, ausgesetzten Summe. Auf diese erhebt jeder der drei Betheiligten Anspruch; überdies meldet sich auch Schmid, dessen Hund Müller auf der Jagd bei sich gehabt und welcher durch sein Bellen den ersten Anlaß zur Entdeckung des Diebes gegeben. Solle aber ihm selbst nicht unmittelbar die Summe gegeben werden, sondern dem M., so müsse doch dieser sie ihm wieder herausgeben, weil er diesen Gewinn nur durch den von Schmid entliehenen Hund gemacht.

K. glaubt,

1) zu gar keiner Belohnung verpflichtet zu sein, weil die Bemühungen, um die es sich hier handle, nicht in Bezug auf seine Auslobung geschehen seien;

2) höchstens brauche er im Ganzen 50 Thlr. zu zahlen, welche die 3 oder 4 Anspruch Machenden unter sich theilen könnten. So sei auch kürzlich entschieden worden. Die Verwandten des ertrunkenen Z. hatten auf die Auffindung des Leichnams eine Belohnung von 20 Thalern ausgesetzt. Diese beanspruchte sowohl A., welcher den Leichnam den Fluß hinabschwimmen sehen, als der Müllersknecht B., der auf A's Zuruf den Leichnam am Wehre aufgefangen. Das Gericht sprach jedem die Hälfte zu.

War diese Entscheidung richtig?

§. 263.

CCXXXV. Als Johannes Wurm aus dem Zuckersiedereigeschäft, welches er in Gemeinschaft mit Adolph Gröbel betrieben, austrat, versprach der Letztere ihm in einem am 8. Mai 1843 abgeschlossenen Vergleich, ihm nach Ablauf von 4 Jahren, vom Tage des Vergleichs an gerechnet, die Summe von 3000 Thlrn. auszuzahlen und dieses Kapital alljährlich mit vier vom Hundert zu verzinsen, die Zinsen aber in halbjährigen Raten und zwar jedesmal den 1. Januar und den 1. Juli jedes Jahres pünktlich praenumerando abzuführen. Dabei unterwarf sich Gröbel zugleich der Bedingung, daß, wenn er einen Zinstermin vier Wochen nach der Verfallzeit unberichtigt gelassen habe, sodann das Kapital sofort für zahlbar erachtet werden und dem Gläubiger freistehen solle, sofort ohne Klaganstellung die Vollstreckungshandlung gegen den Schuldner zu beantragen.

Am 17. Januar 1844 übersendete Gröbel seinem Gläubiger Wurm 30 Thlr. Zinsen mittelst folgenden Schreibens:

„Da ich nicht gewußt habe, auf welchem Wege ich Ihnen die nunmehr fälligen Zinsen — von Weihnachten bis Ostern 1849 — auf das Ihnen zu 4 Procent schuldige Kapital von 3000 Thalern zukommen lassen

solle und bis jetzt auf eine desfallsige Antwort von Ihnen wartete, so wähle ich den Weg durch die Post und sende Ihnen beiliegend 30 Thaler als den jetzt fälligen Betrag der Zinsen. Ich ersuche Sie, mir die betreffende Quittung auf demselben Wege zukommen zu lassen.

Achtungsvoll ergebenst

Adolph Gröbel."

Diese 30 Thlr. nahm Wurm an und schickte dem Schuldner eine Quittung des Inhalts zu:

„Daß ich 30 Thlr. als Betrag der Zinsen des mir vom Hrn. Adolph Gröbel geschuldeten Capitals von 3000 Thalern für Weihnachten bis Ostern 1844 von demselben erhalten habe, bescheinige ich hierdurch.

J. Wurm."

Als er jedoch bis 30. Januar 1844 die noch restirenden 30 Thlr. Zinsen nicht erhalten hatte, trug er auf Grund der clausula cassatoria beim Gerichte auf sofortige Einleitung des Executionsverfahrens wegen des ganzen Capitals von 3000 Thlrn. gegen Gröbel an. —

War er dazu berechtigt?

CCXXXVI. Der Gastwirth König kaufte von dem Pachter Rohr zwei Pferde, jedes für 100 Thlr. Dabei war ausgemacht, der Verkäufer solle an den Vertrag nicht gebunden sein, wenn entweder binnen zwei Monaten ihm von anderer Seite ein besseres Gebot gethan werde oder der Käufer binnen drei Monaten den Kaufpreis nicht berichtige.

Noch vor Ablauf von zwei Monaten starb das eine Pferd, ein Schimmel; für das andere, einen Braunen, fand sich, jedoch erst nachdem zwei Monate verflossen, ein Käufer, welcher 130 Thaler bot. Da nun zur festgesetzten Zeit König noch nicht bezahlt hatte, so klagte Rohr, indem er

a) für den Schimmel den Kaufpreis von 100 Thalern beansprucht; —

b) hinsichtlich des Braunen dagegen von der lex commissoria Gebrauch macht und dessen Rückgabe verlangt.

König widerspricht dem Antrage:

ad a) weil sich noch vor Ablauf der festgesetzten zwei Monate ein besserer Käufer in der Person des X. gefunden, welcher für den Schimmel 130 Thaler habe geben wollen. Rohr sei jedoch nicht darauf eingegangen. Es sei mithin, da Rohr selbst den Eintritt der Bedingung gehindert, dieselbe zu seinem Nachtheile als eingetreten zu fingiren und der Kauf damit annullirt.

ad b) Von der lex commissoria könne Kläger keinen Gebrauch machen, da er sich einmal für Aufrechterhaltung des Kaufs entschieden habe.

l. 7 D. de lege comm. (18. 3):

Post diem commissoriae legi praestitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest.

Der Kläger entgegnet bezüglich des ad a) Bemerkten, das bessere Gebot des X. habe er nicht angenommen, weil ihm dessen Solvenz zwei-

felhaft geschienen; überhaupt hänge die Annahme eines besseren Gebots ganz von ihm ab.

Darauf hebt der Beklagte noch einen andern Punkt hervor. Wolle man, sagt er, ganz absehen von dem besseren Gebote des X., so müsse doch der Kläger mit seinem Anspruche abgewiesen werden. Sei nämlich auch die Bedingung, daß kein besseres Gebot geschehen, eingetreten, so werde doch dadurch der Verkauf keineswegs wirksam, sofern im Augenblick, wo die Bedingung eintritt, der Gegenstand des Verkaufs untergegangen.

---

§. 264—267.

CCXXXVII. Der Tagelöhner Schleicher in B. übernahm es im Auftrage der beiden Fleischermeister Ernst und Dietrich aus E., einen von diesen in B. gekauften Ochsen nach E. zu transportiren, wobei von den genannten Fleischermeistern bemerkt wurde, es könne den Ochsen ein Knabe führen, wenn er nur den Weg nach E. wüßte, denn es sei nur erforderlich, daß Jemand nebenher gehe, das Thier sei lammfromm. Es war ihnen zwar von ihrem Verkäufer mitgetheilt, der Ochse dürfe nicht angebunden werden, indem er dann keinen fremden Menschen um sich leide, sondern schlage und stoße. Sie hatten jedoch davon gegen Schleicher Nichts erwähnt; dieser band daher den Ochsen einstweilen mit einem Stricke an; als er sich aber, um ihn zu transportiren, zu demselben begab und ihn losband, wurde er von dem wild gewordenen Ochsen auf das holperig gefrorne Erdreich niedergeworfen und durch Schlagen und Stoßen an mehreren Stellen des Körpers stark beschädigt, so daß er bewußtlos da lag. Der Ochse lief davon und wurde erst später von E. und D. wieder eingefangen.

Schleicher, der durchschnittlich einen täglichen Verdienst von 15 Sgr. hatte, ist dadurch, während eines Zeitraums von 156 Tagen arbeitsunfähig gewesen und will nun gegen Ernst und Dietrich auf Entschädigung klagen.

Kann er dies und wie müßte er seine Klage begründen? —

CCXXXVIII. Der Handlungsreisende Dürfeld hatte in dem Hotel P. zu L. ein Zimmer gemiethet, welches er, so oft er von seinen Reisen nach L. zurückkehrte, bewohnte. Als im J. 1849, während D. abwesend war, in dem erwähnten Hotel Feuer ausbrach, eilten zwei Freunde D's mit einem Markthelfer nach D's Zimmer, um seine darin befindlichen Effecten zu retten. Es trat ihnen jedoch die Haushälterin des Hotels entgegen mit der Erklärung, sie habe von ihrem Herrn, dem Hotelbesitzer A., den bestimmten Befehl, Niemand in das Zimmer zu lassen. Sie müsse ihnen daher den Eintritt verwehren und dürfe den Schlüssel nicht herausgeben. Wollten sie sich dennoch Eingang verschaffen, so möchten sie sich an ihren Herrn wenden. — Als Grund jenes Befehls führte sie an, daß in das betreffende Zimmer alle Wäsche des Hauses getragen worden, weil

man hoffe, dem Feuer noch Einhalt zu thun, ehe es diesen Theil des Gebäudes ergreife.

Als darauf Dürfeld nach L. zurückkam, erfuhr er, daß seine Sachen abgebrannt seien, obgleich die von A. in dasselbe Zimmer gebrachte Wäsche gerettet worden.

Mit Bezug darauf und weil A. durch seinen Befehl die Rettung von D's Effecten verhindert, will D. gegen A. klagen.

Kann er dies?

An welche Klage wäre zunächst zu denken?

Kommt Etwas darauf an, ob die Haushälterin die Freunde des D. als solche kannte? —

CCXXXIX. Der Bote Günther klagt gegen deu Frachtfuhrmann Conrad auf Ersatz von Kurkosten des ihm für 3 Wochen entzogenen Verdienstes. Seine Klage ist auf folgende Thatsachen gestützt:

Am 11. Mai 1852 lieferte der Güterschaffner des Beklagten an den Kläger ein Fäßchen, welches, wie sich später zeigte, mit Schießpulver gefüllt war, zur Besorgung nach Z. ab, ohne Etwas von dem gefährlichen Inhalte zu sagen. Beim Aufladen fiel das Fäßchen zu Boden, wodurch das Pulver sich entzündete und Kläger bedeutend beschädigt wurde, so daß er 3 Wochen lang seinen Botendienst nicht verrichten konnte, sondern einen Stellvertreter auf seine Kosten halten mußte. Den ihm dadurch verursachten Aufwand im Gesammtbetrage von 15 Thlrn. verlangt Kläger vom Beklagten ersetzt. —

Kann auf diese Thatsachen die Klage gegründet werden?

CCXL. Der Rentbeamte des Grafen D. pflegte gegen Abend einen nahegelegenen Vergnügungsort zu besuchen und übergab in diesem Falle den Schlüssel zu seinem Geschäftszimmer, in welchem sich auch die ihm anvertraute Kasse befand, seiner Frau in der Weise, daß er ihn auf den Tisch legte mit den Worten: „Hier ist der Schlüssel.“ Eines Abends fand er bei seiner Rückkehr den zur Aufbewahrung der Kasse bestimmten Kasten gestohlen. Die auf seine Anzeige eingeleitete Criminaluntersuchung stellte heraus, daß die Diebe durch die unverschlossene Thür des eine Treppe hoch gelegenen Geschäftszimmers hereingedrungen und den Kasten durch das 30 Fuß vom Boden entfernte Fenster eines daran stoßenden Saals an Stricken in den hintersten Hof in einer Höhe von 30 Fuß hinabgelassen und von da weiter geschafft hatten. Daß die Thür unverschlossen gewesen, war die Schuld der Magd, welche zum Zweck der Reinigung, welche sie regelmäßig zu dieser Zeit während der Abwesenheit des Herrn zu besorgen pflegte, das Zimmer geöffnet, dann aber den Schlüssel an der Thür hatte stecken lassen.

Der Graf D. entließ wegen dieses Vorfalls den Rentbeamten von seiner Stelle und zog ihm bei Rückgabe seiner Caution von 2000 Thalern den gestohlenen Betrag von 1750 Thalern ab.

Der Rentbeamte klagt nunmehr auf Rückzahlung der vorenthaltenen 1750 Thaler. Um dem Einwande der Verschuldung des Diebstahls vorzubeugen, bemerkt er:

1) daß die Diebe auch ebensogut durch das Fenster, wodurch sie den Kasten hinabgelassen, hätten einsteigen können, mithin kein Causalzusammenhang zwischen dem Unverschlossensein der Thür und dem Diebstahle obwalte;

2) dieses Unverschlossensein sei nicht seine Schuld, sondern das seiner Magd oder höchstens auch das seiner Frau; für das Versehen anderer Personen brauche er nicht einzustehen.

CCXLI. Die Reisenden Zink, Reich und Jacobi nahmen von dem Lohnkutscher Lorenz einen Wagen, um nach X. zu fahren. Unterwegs nahm der Kutscher einen fremden Mann mit auf den Bock, während die Reisenden gerade schliefen. Als spät Abends in dem Städtchen T. angehalten wurde, ließ Jacobi dem Kutscher einige Gläser starkes Getränk verabreichen, was zur Folge hatte, daß derselbe beim Weiterfahren einschlief und vom Bocke herunterfiel. Dabei verletzte er sich am Kopfe so, daß er in den Wagen gelegt werden mußte. Einige Stunden darauf erklärte der Unbekannte, der ohne Widerspruch der Reisenden die Leitung der Pferde übernommen hatte, er müsse wohl vom Wege abgekommen sein, er finde sich bei der hereingebrochenen Dunkelheit nicht mehr zurecht. Hierauf erklärte Zink, er kenne den Weg und nahm die Zügel. Als derselbe jedoch über eine Brücke fuhr, trat das eine Pferd mit dem rechten Vorderfuße in ein Loch, mit dem Hinterfuße in ein anderes und stürzte. Man bemühte sich zwar, die Füße zu befreien und es wieder auf die Beine zu bringen, allein vergebens, es crepirte nach Verlauf einer halben Stunde. Bei diesen Bemühungen waren auch Reich und Jacobi, die aus dem Wagen gesprungen, thätig; der Unbekannte hingegen war plötzlich verschwunden und mit ihm die Geldcasse Reich's, die derselbe im Wagen gelassen.

Gegen wen kann Reich wegen Ersatz des Geldes klagen?

Gegen wen Lorenz wegen des crepirten Pferdes?

Kann auch die fürstlich N'sche Kammer, welche die Verpflichtung hat, die zum domanium gehörigen Brücken in Stand zu halten, in Anspruch genommen werden, weil bei der fraglichen Brücke zwei Planken 1½ Fuß kürzer waren, als die übrigen, und so zwei Löcher bildeten?

Mora

§. 268—270.

CCXLII. Der Zeugmacher Johann Krug klagt im Jahre 1852 gegen seinen Bruder Georg Krug unter Anführung folgender Thatsachen: Dem Beklagten wurde am 1. März 1838 mit einem an demselben Tage gerichtlich bestätigten Kaufcontracte das väterliche Bauerngut von seiner zu diesem Verkaufe testamentarisch bevollmächtigten Mutter übertragen.

Dabei war unter andern Bestimmungen auch die getroffen worden, daß der Käufer seinen Geschwistern, so lange dieselben ledig bleiben würden, Alles, was sie zum vollständigen Lebensunterhalt brauchen sollten, verabreichen, insbesondere auch sie mit anständiger Kleidung versehen wolle. Dieses Versprechen war auch von den bei Abschluß des Contracts gegenwärtigen Geschwistern acceptirt worden. Der Kläger war damals bereits in der Lehre bei einem Zeugmacher und es wurde für ihn ein jährliches Kostgeld von 70 Thalern von seinem Bruder bezahlt. Dagegen ist derselbe, obgleich er sofort im März 1838 um „Kleidergeld" vom Kläger angegangen worden, seiner desfallsigen vertragsmäßigen Verpflichtung in keiner Weise nachgekommen. Kläger hat sich dadurch genöthigt gesehen, jährlich für seinen Kleiderbedarf einen durchschnittlichen Betrag von 25 Thlrn. zu verwenden. Die Gesammtsumme dieser jährlichen Auslagen bis zum 1. März 1851, wo Kläger sich verheirathet hatte, beträgt 325 Thlr. Diese Summe nebst den Verzugszinsen von je 25 Thlrn. von dem Anfange jedes der fraglichen Jahre verlangt er vom Beklagten ersetzt.

Was kann der Beklagte gegen diese Klage vorbringen? —

CCXLIII. Der Dr. Caspar in Leipzig hatte bei dem Maler Löffler in H., welcher ihm 20 Louisd'or schuldete, für diese Summe ein Gemälde bestellt, das er seiner zu H. wohnenden Mutter zu ihrem auf den 9. September fallenden Geburtstag verehren wollte. Als er am 8. Sept. in H. eintraf, erfuhr er zu seinem Schrecken, daß Löffler nach Magdeburg übergesiedelt sei, ohne das Bild zurückgelassen zu haben. Er kaufte daher in aller Eile ein anderes Präsent und schrieb am folgenden Tage an L., da er das Gemälde nicht, wie ausgemacht worden, am 9. Sept. geliefert habe, so möge er es nun behalten. Noch an demselben Tage erhielt er einen Brief von L., worin ihm dieser meldete, das Bild sei fertig und er erwarte von C. eine Anweisung, auf welchem Wege er es ihm solle zukommen lassen.

Einige Zeit darauf wird Löffler von C. auf Zahlung der 20 Ld'or belangt. Auch beansprucht C. Ersatz von 10 Ld'or, die er zum Ankauf eines andern Geschenks verwendet.

Löffler theilt uns nun die oben angeführten Thatsachen mit und fügt hinzu, am 12. Sept. sei in seiner Wohnung ausgebrochen und das fragliche Gemälde dabei ein Raub der Flammen geworden. Es könne ihm dies jedoch um so weniger Nachtheil bringen, als an demselben Tage auch in H. eine Feuersbrunst gewesen, wobei auch das Haus, welches L's Mutter bewohnt, abgebrannt sei, ohne daß irgend Etwas habe gerettet werden können.

Kann er danach mit Aussicht auf Erfolg den Anspruch des Klägers bestreiten? —

Wie würde es sich bei dem bevorstehenden Processe mit der Beweislast verhalten? —

---

§. 272.

CCXLIV. Der Kaufmann Spatz in Hanau kaufte von dem Handlungshause Bibon in Frankfurt im Jahre 1835 89 Kisten Candis, die er selbst ausgesucht, für eine Aversionalsumme, es blieben aber diese Waaren in ihren besonders gezeichneten Kisten über den 9ten Februar 1836 in Bibon's Waarenlager liegen, da nach dem Vertrage der Candis erst am 3. Juli 1836 geliefert werden sollte. An dem eben erwähnten Tage mußte B., da die Stadt Frankfurt inzwischen dem deutschen Zollvereine beigetreten war, alle vorhandenen Waaren und darunter auch jene 89 Kisten declariren, um der gesetzlichen Vorschrift nachzukommen und der für den Vermeidungsfall angedrohten Strafe zu entgehen. In jenen 89 Kisten waren 3600 Pfd. Zucker zu versteuern — der Centner mit $15^1/_2$ fl., also im Ganzen 558 fl., welche Bibon am 31. Mai 1836 an das Steueramt entrichtete.

Diese Auslagen verlangt Bibon von Spatz ersetzt. Der letztere weigert sich jedoch, weil darüber Nichts im Kaufcontracte bestimmt gewesen, auch nicht daran gedacht worden oder als stillschweigende Absicht beim Vertrage angenommen werden könne. Vielmehr würde er im Gegentheile, wenn er daran gedacht, ausdrücklich dagegen protestirt und die Versteuerung zur Sache des Verkäufers gemacht haben. Lasse sich aber der Anspruch nicht auf den Vertrag und die Absicht der Parteien zurückführen, so bleibe als Begründung desselben nur etwa übrig eine negotiorum gestio oder das periculum des Käufers. Eine negotiorum gestio lasse sich hier nicht annehmen, weil die Versteuerung weder von ihm gewünscht worden, noch ihm Vortheil gebracht habe. Der Satz ferner, daß der Käufer das periculum trage, finde hier deshalb keine Anwendung, weil a) der Grund desselben beruhe auf der Fiction, beide Leistungen seien gleich bei Abschluß des Vertrags erfolgt. Wäre dies hier geschehen, so würde die Versteuerung und die dadurch veranlaßte Ausgabe weggefallen sein.

b) Auch habe er ja schon ein halbes Jahr vor der eingetretenen Nothwendigkeit der Versteuerung bereits den Kaufpreis bezahlt gehabt.

c) Endlich gehe das periculum auf den Käufer erst über vom Augenblicke der Perfection des Kaufs. Diese sei noch nicht eingetreten gewesen, sondern die Kisten seien noch im Waarenlager des Verkäufers befindlich. Daß sie gezeichnet gewesen, habe bekanntlich keinen Einfluß auf die vorliegende Frage.

l. 1 §. 2 D. de peric. et comm. r. v. (18, 6) (Ulp.):

Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri, Labeo contra; quod et verum est, magis enim, ne summutetur signari solere, quam ut tradere tum videatur.

Vgl. l. 14 §. 1 D. eod. s. oben S. 177.

Ueberdies sei ja auch noch nicht zugemessen gewesen, was doch bei Quantitäten den Kauf perfect mache.

CCXLV. Blödner hatte gegen Reinhard auf Bezahlung einer 3000 Thlr. betragenden Schuld des jetzt insolventen X., für welchen R. sich verbürgt, geklagt und der Beklagte war ihm zur Zahlung von 3000 Thlr. gegen Cession einer dem Kläger deshalb an dem Grundstücke des M. zustehenden Hypothek verurtheilt worden. —

Kurz darauf und noch bevor Reinhard bezahlt hatte, machte ein anderer Gläubiger des M., Zeune, welchem für 1500 Thlr. eine der des B. nachstehende Hypothek an demselben Grundstücke bestellt worden, von dem jus offerendi Gebrauch. B. wandte jedoch dasselbe dadurch ab, daß er seinerseits dem Zeune die 1500 Thaler bezahlte. Bei dem darauf erfolgten Subhastationsverfahren wurde das Grundstück dem B. für 4500 Thaler zugeschlagen. —

Ein Theil des Grundstücks wurde sodann zum Zwecke eines Eisenbahnbaues expropriirt und Blödner erhielt dafür als Entschädigung 2000 Thaler ausgezahlt. — Als er jetzt gegen R. auf Zahlung der 3000 Thaler dringt, weigert sich der Letztere, indem er geltend macht, er sei nur verurtheilt, gegen Cession der Hypothek zu zahlen; diese Cession sei dem B. jetzt nicht mehr möglich. B. erbietet sich zwar, ihm das Eigenthum an dem Grundstücke zu übertragen gegen Herausgabe der 1500 Thlr., die er an Z. bezahlt; allein Reinhard will darauf nicht eingehen, weil das Grundstück jetzt um ein Viertheil verringert sei durch die Expropriation. Sollte er aber für verpflichtet zur Uebernahme erkannt werden, so verlange er dann auch die Herausgabe der 2000 Thlr., die B. bei der Expropriation erhalten.

B. bemerkt hiergegen, wenn die 2000 Thlr. den wirklichen Werth des expropriirten Stücks überstiegen, so sei dies ein Gewinn, den er seinem geschickten Benehmen und seinen persönlichen Connexionen verdanke. Wer dies nicht zugebe, müsse es für einen Glücksfall halten — ähnlich wie in folgendem Falle.

Ein Lehrjunge war von seinem Meister mit einem Gulden ausgeschickt, um Draht einzukaufen. Unterwegs kommt er bei einer Bude vorbei, wo werthvolle Sachen à Loos 1 fl. ausgespielt werden. Der Lehrjunge nimmt für jenen Gulden ein Loos und gewinnt eine goldene Uhr nebst Kette an Werth 500 fl. Sobald der Meister hiervon Kunde erhält, beansprucht er diesen Gewinnst.

Wer hier dem Meister Unrecht gebe, müsse auch dem R. jeden Anspruch auf den Gewinn durch die Expropriation absprechen.

Zu vergleichen:

l. 21 de her. vel act. vend. (18. 4) Paulus:

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit. Quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat, nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus, pretium in stipulationem venisse; quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium ejusdem debeat? Non enim deberet Stichi promissor,

si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. Sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium ejus agam (tam) quam hereditatis; sed hoc in re singulari non potest credi; nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci; pretium enim hominis non ex re, sed propter negotiationem percipitur; et sic fit, quasi alii non vendidissem; tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tamquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam, quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, nisi si culpa ejus argueretur. Quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? Utique rem; non enim actiones ei, sed rem praestare debeo. Et si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emtorem pertinebit. Nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem et sic aestimationem quoque; nam et aream tradere debet exusto aedificio.

l. 7. §. 13. D. Comm. div. (10. 3.) Ulp.:

Si debitor communis praedii partem pignori dedit, et a domino alterius partis provocatus creditor ejus, aut ab alio creditore alterius debitoris licendo superavit, et debitor ejus, cui res fuit adjudicata, velit partem suam praedii reciperare soluto eo, quod ipse debuit, eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit reciperare, quam creditor per adjudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes, emtori, communi dividundo judicio provocatus fueris aliaque pars tibi adjudicata sit, consequenter dicitur, ex emto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit. Quinimo etiam ex vendito posse conveniri emtorem, ut recipiat totum. Solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, aeque pretium ut restituat ex emto, tenebitur. Haec eadem et in mandato ceterisque hujus generis judiciis servantur.

Vgl. a. l. 29 D. fam. erc. (10. 2.).

Welche Sätze folgen aus diesen Stellen? Welche Entscheidung für unsern Fall?

CCXLVI. Der Kaufmann Münster betheiligte sich bei dem beabsichtigten Bau der Rhein-Weser-Eisenbahn durch Zeichnung von 40 Stück Actien und Einzahlung von $1/2$ Proc. für jede Actie. Den darüber ausgestellten Actienschein cedirte M. mit allen Rechten an Ludloff, der dagegen durch Ausstellung eines Reverses sich anheischig machte, diejenigen Verbindlichkeiten, welche M. als erster Zeichner gegen den Verwaltungsrath der Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft habe, zu erfüllen und ihn deshalb zu vertreten. Zu diesen Verbindlichkeiten gehörte auch die, sofort nach erfolgter Bestätigung der Gesellschaft 10 Proc. des Actien-

Betrags einzuzahlen. Da Ludloff diese Verbindlichkeit nicht erfüllte, so klagten die Directoren der genannten Gesellschaft gegen Münster und dieser wurde auch zur Einzahlung der eingeklagten 400 Thaler rechtskräftig verurtheilt.

Nachdem Münster diesem Urtheile nachgekommen war, verlangte er von Ludloff Ersatz der geleisteten Einzahlung, L. wurde auch gemäß dem Antrage der deshalb gegen ihn angestellten Klage verurtheilt, mit Bezug auf den erwähnten Revers, wodurch er sich zur Vertretung M's verpflichtet hatte.

In Folge dessen zahlte L. an Capital, Zinsen und Kosten zusammen 447 Thaler an M., reichte aber zu gleicher Zeit eine Klage gegen Simson ein, von welchem er die Erstattung der Hälfte obiger Summe forderte, weil er die fraglichen 40 Actien in Folge einer mit S. geschlossenen Uebereinkunft für gemeinschaftliche Rechnung erkauft habe.

Dies letztere Anführen gestand der Beklagte zu, excipirte aber, Kläger habe die ihm ertheilte Befugniß überschritten,

1) weil er die Actien durch Cession, nicht, wie ausgemacht worden, durch Kauf erworben habe;

2) weil er mittelst Reverses sich verpflichtet habe, die Verbindlichkeiten des ersten Zeichners zu übernehmen, wozu er nicht beauftragt gewesen;

3) keinesfalls könne er Ersatz der durch den Proceß mit Münster erwachsenen Kosten verlangen. —

CCXLVII. Bei einer Reise nach Amerika im J. 1825 übergab Georg Henkel in H. dem Handelsmann Peter Freimuth die Verwaltung seines zurückbleibenden in mehreren Kapitalien bestehenden Vermögens so, daß er ihm für jährliche Verzinsung mit 4 Procent haften sollte. Von diesen verlieh darauf F. 3000 Thaler an den Gutsbesitzer Bergmann, der damals allgemein in der Umgegend für einen sehr vermögenden Mann galt, zur Verzinsung mit 6 Proc., wobei er in der Urkunde das Darlehn auf seinen eignen Namen stellen ließ. Auch hatte er sich als einen Vortheil den alsbaldigen Abzug einjähriger Zinsen (mit 180 Thalern) ausbedungen. In einem Briefe, den er 1827 an Henkel schrieb und wobei er die gegenseitige Berechnung aufstellte, erwähnte er dieses Ausstandes von 3000 Thalern nicht, sondern bekannte sich selbst als Schuldner zu den sämmtlichen, in seinen Händen befindlichen Geldern Henkel's. —

Im Jahre 1828, als der Termin, an welchem das Capital zurückgezahlt werden sollte, verstrichen war, klagte Freimuth den Schuldner in eignem Namen aus, und als später der Concurs über Bergmann ausbrach, so liquidirte er die Forderung in seinem Namen bei diesem Concurse.

Im Jahre 1833 klagt nun Henkel gegen Feimuth auf Rechnungsablage und Herausgabe des in seinen Händen Befindlichen. Der Beklagte räumt sein Mandatsverhältniß und daß er die vom Kläger angegebenen Summen zur Verwaltung überkommen habe, ein, ist auch bereit, 1200 Thlr.

herauszugeben, hinsichtlich der noch übrigen 3000 Thlr. dagegen glaubt er sich nur zur Cession der Forderung gegen Bergmann verpflichtet. Der Kläger weigert sich, diese an Zahlungs Statt anzunehmen, weil sie voraussichtlich bei dem ausgebrochenen Concurse unbefriedigt bleiben werde. Er brauche die Cession um so weniger anzunehmen, als Beklagter das Geld auf *eignen* Namen, mithin auf eigne *Gefahr* ausgeliehen und, da er es gegen bloße Handschrift gethan, die Pflichten eines guten Hausvaters vernachässigt habe.

Der Beklagte hält ihm entgegen, was Kläger hier für sich, dasselbe müsse er auch *gegen* sich gelten lassen in einer gleichfalls jetzt in Frage stehenden Sache. Beklagter habe nämlich vom Kläger u. A. auch 4000 Thlr. in Staatspapieren au porteur überliefert erhalten, mit dem Auftrag, sie noch 6 Monate aufzuheben, bis ihr Cours gestiegen sei. Diese habe er in einer Gesellschaft guter Freunde vorgezeigt und dabei sei X. ihm mit dem Lichte zu nahe gekommen, so daß seine Kleider Feuer gefangen und bei dieser Gelegenheit die Papiere zum großen Theile verbrannt und ganz unbrauchbar geworden. Vier Wochen vorher seien sie noch 3800 Thaler werth gewesen und zur Zahlung dieser Summe sei denn auch X. verurtheilt worden; — gegenwärtig aber seien sie auf den vierten Theil ihres Werthes gefallen. Nun verlange aber der Kläger hinsichtlich dieser Papiere die Cession der Klage gegen X. Verlange er die Cession hier, so müsse er auch im ersten Falle damit zufrieden sein, außerdem müsse er auch im letztern sich mit dem jetzigen Werthe begnügen. —

l. 13 §. 12 D. de act. emt. etc. (19. 1.) Ulp.:

Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum sit, actio emtori praestanda est; damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel Aquiliae, vel interdicti quod vi aut clam.

l. 35 §. 4 D. de contr. emt. (18. 1.) Gajus:

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerit. Si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus abhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, *securus esse debet*, ut tamen scilicet vindicationem et condictionem exhibeat emtori. Unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit; cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre.

Vgl. a. l. 21 D. de her. vel act. vend. a. E. (s. oben S. 233).

§. 273—279.

CCXLVIII. Der Rittmeister *von Bremer* hatte auf dem Pferdemarkte zu D. ein Pferd von dem Roßkamm *Neuber* gekauft, dasselbe aber bei demselben gelassen, damit es noch besser zugeritten werde. Einige Wochen darauf schrieb er an Neuber, das Pferd sei ihm gegenwärtig

nutzlos und er beabsichtige daher, wenn sich ein Käufer finde, es zu dem Preise, wie er es gekauft, nämlich für 30 Louisd'or zu verkaufen. Gegenwärtig sei ihm von dem Gutsbesitzer Pohl ein Gebot von 20 Ld'or gethan worden. Derselbe wolle in den nächsten Tagen nach D. kommen, um das Pferd zu besichtigen. N. möge sehen, daß er es zu 30 Louisd'or los werde. Im Nothfalle jedoch solle er es für 25 Louisd'or hingeben.

Pohl kommt darauf nach D., sieht das Pferd und bietet 21 Louisd'or, N. dagegen verlangt 30. Da sich P. geneigt zeigte, das Pferd theurer zu bezahlen, wenn es auch zum Fahren tauge, so versicherte N. auf Pohl's Frage, daß das Pferd auch zum Fahren vortrefflich tauge, obgleich er die Ueberzeugung des Gegentheils hatte.

Pohl bietet darauf mehr und bis zu 25 Ld'or; N. seinerseits geht bis zu 27 Ld'or herunter. Beide trennen sich hierauf, ohne sich geeinigt zu haben.

Am folgenden Tage schickt Pohl einen seiner Bekannten, den Oeconomen Müller, zu Neuber mit dem Auftrage, er solle sehen, ob er das Pferd für 25 Ld'or bekomme; sei dies nicht möglich, so solle er 27 Ld'or bewilligen.

Müller bemerkte sofort, daß das Pferd Anzeichen des Rotzes habe und da er dies dem N. bemerklich machte, war dieser sofort erbötig, das Pferd für 15 Ld'or zu lassen, welche ihm M. auf der Stelle auszahlte.

Pohl klagt gegen v. B. mit der actio redhibitoria, weil das Pferd

1) am Rotz leide;
2) zum Fahren untauglich sei.

v. B. entgegnet:

Was die Beschwerde sub 1. anlange, so habe der Bevollmächtigte des Klägers von dem Fehler gewußt; dieses Wissen schade dem Kläger als dem Auftraggeber.

Daß aber das Pferd zum Fahren tauglich sei, habe N. zwar versichert, allein ohne dazu vom Beklagten autorisirt zu sein. Ueberdies habe er, der Beklagte, da er das Pferd nur auf dem Markte gesehen, über seine Brauchbarkeit zum Fahren gar Nichts gewußt.

Hätte es auf die Entscheidung Einfluß, wenn v. B. den Verkauf ganz dem N. überlassen, oder Pohl, ohne das Pferd gesehen, oder mit v. B. angeknüpft zu haben, den M. beauftragt hätte, ein Pferd für ihn zu kaufen, und M. nun von N. ein fehlerhaftes Thier gekauft hätte?

CCXLIX. Bei dem Verkaufe des Concursguts L. bevollmächtigt Herr von A., der im dritten Termin der Hochstbietende geblieben war, seinen Schwager Rudolph, im vierten Termin für ihn zu bieten und zwar bis zu 59010 Thlr. Dieser substituirt den Pächter Meier. Im Termin wird Meier von zwei Creditoren, Bartels und Welker, aufgetrieben, dieselben standen jedoch, nachdem sie den M. während des Bietens herausgerufen und zur Entdeckung der Grenzen des ihm aufgetragenen Bots und Vorzeigung seiner Vollmacht zu bestimmen gewußt, von weiterem Bieten ab, indem ihnen Meier folgende Versicherung ausstellte:

„Daß ich als Bevollmächtigter des Herrn von A. zum Ankauf des „Guts dem Herrn Bartels für dessen Abstehen vom Kaufe gedachten „Gutes für sich 2000 Thlr. Gold und für Herrn Welker 700 Thlr. „Gold auf Autorisation meines Herrn Principals zugesagt, auch daß ich „durch Vermittlung des Herrn Bartels gegen die ihm zugesicherte Er„füllung dieser meiner Zusage in den Stand gesetzt bin, das Gut L. für „einen solchen Preis zu erstehen, der innerhalb der Grenzen meines „Auftrags lag, solches habe ich hierdurch sub hypotheca omnium bono„rum bezeugen und bescheinigen wollen."

„N. d. 20. April 1814."

„Meier als Bevollmächtigter des Herrn v. A."

Das Gut L. wird darauf dem Herrn von A. für 59010 Thaler zugeschlagen.

Als jedoch B. seine Remuneration von v. A. verlangt, verweigert er dieselbe und läugnet den Auftrag zum Versprechen einer solchen. Nur bis zu 700 Thlr. Gold habe er zu einer solchen seine Zustimmung gegeben.

Eine hierauf von B. gegen v. A. erhobene Klage wird abgewiesen, weil B. die Autorisation des Beklagten nicht beweisen kann.

Nunmehr klagt B. gegen Meier auf die ihm zugesagte Remuneration und will seine ihm bestellte Hypothek an dessen Vermögen geltend machen.

Kann der Beklagte dieser Klage begründete Einwände entgegensetzen? —

CCL. Der Assessor Leonhard schreibt an seinen Freund, den Dr. Freitag, in der Universitätsstadt X., er möge suchen, ob er ihm Pfeiffer's praktische Ausführungen, Vangerow's Pandekten und Göschen's Civilrecht, zusammen für 35 Thlr., verschaffen könne. Dr. F. findet diese Bücher kurz darauf bei dem Buchhändler und Antiquar Bertram liegen und fragt nach dem Preise. B. antwortet ihm, die Bücher seien ihm nur in Commission gegeben; ein Preis sei dabei nicht bestimmt, sondern dnr Eigenthümer wolle die darauf etwa erfolgenden Gebote abwarten; F. möge doch ein Gebot thun. F. bietet darauf 35 Thlr. und B. verspricht, ihm am nächsten Tage Bescheid darüber zu geben. Diesen Bescheid erhielt dann F. dahin, er solle die Bücher für 35 Thlr. haben und zugleich wurden ihm die Bücher selbst zugestellt, die er sofort an L. abschickte.

Kurz darauf bricht über Bertram der Concurs aus und da der frühere Besitzer jener Bücher, der Student Gebhard, von B. gehört hatte, Dr. Freitag habe die Bücher gekauft, so wandte er sich an diesen wegen Bezahlung der 35 Thlr. Dr. F. bemerkt ihm hierauf, daß er die Bücher für den Assessor Leonhard gekauft, an diesen habe er sich zu halten; es werde ihm jedoch Nichts helfen, da L. eine gleiche Forderung gegen ihn, den F., er selbst aber — an Bertram noch über 50 Thlr. zu fordern habe und so die Bezahlung durch Compensation realisirt werde.

G. wünscht nun zu wissen:

1) an wen er sich wegen der 35 Thlr. zu halten habe. Gegen L. klagen zu dürfen, wäre ihm wünschenswerther, weil F. inzwischen an eine entfernte österreichische Universität übergesiedelt.

2) Ob ihm L. seine Forderung an F. oder dieser, wenn er ihn belangen dürfe, seine Forderung gegen Bertram in Anrechnung bringen könne?

3) Für einen Umstand von Wichtigkeit hält er es, daß sein Name in den Büchern gestanden, da auf diese Weise F. habe wissen müssen, daß er eigentlich mit G., nicht mit B. contrahire. Darauf habe ihn ja auch B. aufmerksam gemacht, als er nach dem Preise gefragt. —

CCLI. August in Petersburg schreibt an seinen Freund Bernhard in Frankfurt, er möge dort für ihn ein passendes Logis von 10 Zimmern — zu beziehen Michaelis 1836 — miethen und den Miethvertrag sogleich für ihn abschließen. Bernhard zeigt diesen Brief seinem Nachbar Carl; dieser erklärt sich bereit, eine solche Wohnung, die er in seinem Hause hat, zu vermiethen. B. und C. einigen sich über den Miethpreis; es wird auch ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt, den Bernhard und Carl unterschreiben.

B. setzt seinen Freund A. von dem Miethvertrage in Kenntniß; es erfolgt jedoch weder eine Antwort, noch erscheint A., um die Wohnung zu beziehen.

Nachdem das Logis ein Jahr lang leer gestanden, erhebt sich die Frage:

1) ob, 2) mit welcher Klage und 3) gegen wen Carl klagen könne?

CCLII. Der Gastwirth Zier in L. klagt mit der actio de in rem verso gegen den Dr. Meinhard auf Bezahlung

1) von 120 Thalern für den Mittags- und Abend-Tisch, den der Sohn des Beklagten, der Student M., während des Jahres, das er auf der Universität zu L. zugebracht, bei ihm genossen habe;

2) von 30 Thlrn., welche er demselben baar geliehen. Davon habe er ihm 10 Thlr. gegeben, um einen Hund, den er in Klägers Gegenwart von X. angeblich für seinen Vater erhandelt, zu bezahlen. Die übrigen 20 Thaler habe er ihm auf sein inständiges Bitten vorgestreckt, weil er davon für seinen Vater zu einem Geburtstagspräsente eine silberne Dose habe kaufen wollen.

Er habe ihm die Dose gezeigt und sei auch mit dem Gelde in den gegenüberliegenden Laden des Juweliers gegangen.

Der Beklagte gesteht zu, daß sein Sohn beim Kläger seinen Tisch gehabt, bestreitet aber die Verpflichtung, diesen zu bezahlen, da er ihm für das in L. verlebte Jahr 500 Thlr. geschickt, woran er hinreichend gehabt, um auch den Tisch zu bezahlen.

Der Forderung der dargeliehenen 30 Thlr. stellte er die exc. SC. Macedoniani entgegen und bemerkt noch dazu:

Daß er den Hund und die Dose erhalten habe, bestreite er nicht, allein der Hund, den er allerdings sich gewünscht, sei gänzlich unbrauchbar gewesen und nach einigen Tagen davon gelaufen, so daß dabei keine Bereicherung für ihn Statt gefunden.

Die Dose sei ihm zwar recht willkommen gewesen, er habe gerade beabsichtigt, sich eine solche zu kaufen, allein er habe seinem Sohn durchaus keinen Auftrag, sie zu kaufen, gegeben, es sei ein unerwartetes Präsent gewesen. Von einer Bereicherung aber könne hier um so weniger Rede sein, als

1) er seinem Sohne kurz darauf zur Vergütung für seine Ausgabe 20 Thlr. geschenkt, die dieser auch angenommen;

2) eine noch unbezahlte Rechnung des Goldschmids H. in Betrag von 10 Thlrn. als noch unbezahlter Rest für jene Dose vor ihm liege.

Wie steht es mit der obigen Klage und mit dem Beweise der vom Beklagten aufgestellten Behauptungen?

Wie mit der Forderung des Goldschmids?

S. a. (für §. 276) unten zu §. 289.

CCLIIa. Der Buchhändler D. in B. hatte dem unter väterlicher Gewalt stehenden Sohne des Bürgers K. daselbst, während jener die chirurgische Schule in B. besuchte, nach und nach verschiedene Bücher chirurischen Inhalts zum Gesammtbetrage von 57 Thlr. geliefert, welche Summe unberichtigt geblieben, und nachdem der Sohn nach Amerika gegangen, gegen den Vater eingeklagt ist. Der Kläger hat angeführt, Beklagter könne sich der Zahlung deshalb nicht weigern, weil er darum gewußt habe, daß sein Sohn Bücher auf Credit beim Kläger entnehme, und weil darin, daß jener dieses ohne Widerspruch habe geschehen lassen, „eine stillschweigende Beauftragung liege, weshalb die actio quod jussu begründet erscheine.“ Dieses werde noch klarer durch dem Umstand, daß Beklagter mehrmals dergleichen Forderungen des Klägers an den Sohn bezahlt und bei der Abreise desselben auf dessen damals 90 Thlr. betragende Schuld 33 Thlr. abgetragen habe.

Der Beklagte habe seinen Sohn in die Schule in B. behuf des Studiums der Chirurgie geschickt und sei deshalb verpflichtet gewesen, diesem die nöthigen Bücher anzuschaffen. Deshalb liege eine in rem versio vor, aus welcher sich des Klägers Klagrecht ebenfalls ergebe.

Auch als actio negotiorum gestorum werde die Klage begründet sein, „denn durch Empfang resp. Lieferung der vom Vater dem Sohne zu verschaffenden Bücher sei utiliter für den Vater gehandelt, dessen negotium gerirt.“

Beklagter hat zugestanden, daß die fraglichen Bücher geliefert und zum Studium der Chirurgie nothwendig anzusehen seien, auch den angegebenen Werth gehabt haben, er hält sich aber nicht zur Bezahlung derselben schuldig, weil er seinem Sohne jährlich eine Summe von 200 Thlr. als Taschengeld und zur Anschaffung von Büchern ausgesetzt und auch wirklich gegeben habe, (welches Kläger einräumt). Schon hieraus

ergebe sich, „daß er nicht den Willen gehabt und seinen Sohn nicht ermächtigt habe, Bücher auf Credit zu kaufen, welche er, der Vater, bezahlen wolle." Zu einem Widerspruche sei er nicht verpflichtet, sondern es sei Sache des Klägers gewesen, bei ihm anzufragen, ob er die von seinem Sohne contrahirten Schulden berichtigen werde. Eine actio de in rem verso sei unbegründet, weil diese voraussetze, daß der Vater durch das vom Sohne eingegangene Geschäft bereichert sei und der Sohn die Absicht gehabt habe, dasselbe nicht für sich, sondern für den Vater abzuschließen, „denn dieser Klage liege wesentlich der Gedanke zu Grunde, daß der Sohn als negotiorum gestor des Vaters gehandelt habe. L. 3 §. 2 D. 15. 3". Andererseits könne man hier nicht sagen, es sei für den Vater utiliter gehandelt, da ihm weder ein positiver Vortheil verschafft, noch eine obliegende Verbindlichkeit abgenommen sei. Ferner erfordere die actio neg. gest., „daß Jemand in seinem Interesse selbst zu handeln verhindert, und wo dieses nicht der Fall gewesen sei, könne nur von einem Mandate die Rede sein". Verhinderung liege nun gewiß nicht vor, weil sich der Vater an demselben Orte mit dem Sohne befunden habe. Endlich stehe dem Kläger entgegen, daß derselbe von dem Sohne bei dessen Abreise um eine Befristung mit der Zahlung ersucht diese nur gegen ein vom Sohne ausgestelltes Schuldbekenntniß bewilligt habe. Dadurch werde am deutlichsten constatirt, daß der Sohn für sich contrahirt, und wenn Beklagter auch einige der Schulden seines Sohnes bezahlt, so habe er sich dadurch in Bezug auf andere noch nicht zum Selbstschuldner gemacht. Es sei ebenso gewiß, daß ein Haussohn für sich selbst Geschäfte abschließen, als daß Jedermann eines Andern Schulden berichtigen könne, ohne deshalb auch für andere Verpflichtungen desselben einstehen zu müssen.

Kläger erblickt in der Ausstellung des Schuldbekenntnisses wiederum eine negotiorum gestio, weil dem Vater dadurch eine Zahlungsfrist erworben sei; für den Kläger liege darin eine Sicherheitsmaßregel, eine Einwilligung zur Entlassung des Beklagten ex nexu obligationis sei aber darin nicht enthalten.

CCLIII. Der Apotheker Schütz hatte dem Administrator der E'schen Stiftung, Müller, ein Darlehn im Betrag von 1500 Thalern für die genannte Stiftung ausgezahlt. Den dazu vorgeschriebenen Consens der Aufsichtsbehörde hatte Müller nachträglich zu erwirken versprochen. Ehe dies aber noch geschah, starb M. und es ergab sich bei der Revision der Casse ein Cassenrest von 1600 Thlrn. Da sich auch noch andere Gläubiger meldeten, so wurde über M's Vermögen der Concurs eröffnet.

Schütz erfuhr hierauf durch eingezogene Erkundigungen, daß die Aufsichtsbehörde den Consens nicht ertheilen werde, und da ihm diese Genehmigung auch auf sein eingereichtes Ansuchen rund abgeschlagen wurde mit dem Bemerken, daß er sich wegen seiner Forderung an M's Nachlaß zu halten habe, so klagt er — bei der Insolvenz des M'schen Nachlasses — gegen die E'sche Stiftung mit der actio de in rem verso. Er glaubt, nachweisen zu können, daß die von M. für die Stiftung aufge-

nommene Anleihe zu laufenden nothwendigen Ausgaben der Stiftung verwendet worden sei.

Von Seiten der Stiftung wird gegen die Klage geltend gemacht, daß durch die Gegenforderung an M. auf Ersatz des Cassenrestes von 1600 Thlrn. der Nachweis einer geschehenen Verwendung ganz gleichgültig gemacht werde und daher die Klage ohne Vorbehalt dieses Beweises zurückzuweisen sei.

Kläger replicirt jedoch mit Hinweisung auf die von M. als Caution der Stiftung bestellte Hypothek an seinem Wohnhause, das mindestens 3000 Thlr. werth ist, welche Summe durch die Subhastation als Erlös gewonnen worden. —

Der Stiftungsrath hatte das Pfandrecht am Hause für die streitige Forderung des Cassenrestes nicht geltend gemacht, um einer andern gleichfalls seiner Aufsicht anvertrauten Stiftung, bei deren Verwaltung Müller ebenfalls einen Cassenrest gesetzt, die Mittel der Befriedigung aus dem M'schen Concurse nicht zu entziehen, sondern vorgezogen, die Ersatzforderung wegen des Cassenrestes der Forderung des Schütz entgegenzusetzen. —

Ist die Klage zuzulassen?

Kommt Etwas darauf an, ob Müller die Verwendung vor oder nach Entstehung des Cassenrestes gemacht hat? —

§. 280—285.

CCLIV. Wilhelm Hagen kaufte im Jahre 1805 von dem Hauptmann von Günther das Rittergut Nickendorf und blieb dabei von dem Kaufgelde die Summe von 15500 Thalern schuldig. Diese Schuld sollte auf dem genannten Rittergute mit vorbehaltener und zugestandener Hypothek gegen Verzinsung zu 4 Proc. stehen bleiben und es sollten davon 5000 Thaler zu Michaelis 1806, 10500 Thaler aber nach vorgängiger von Ostern 1807 an stattfindender halbjähriger Kündigung abgezahlt werden. — Die letztgedachten 10500 Thaler trat der Verkäufer an Herrn v. S. ab und erklärte in der Cessionsurkunde, daß er diesem Kapitale nebst Zinsen mit den übrigen noch auf Nickendorf haftenden Kaufgeldern nachstehen wolle. Diese Cession wurde auch von dem Käufer Hagen agnoscirt.

Der Letztere verkaufte darauf am 26. Juli 1806 das Gut an Ernst Schindhelm, der auch die darauf haftenden Kaufgelder zu übernehmen sich verpflichtete. Im November desselben Jahres trat der Hauptmann v. G. die noch für ihn auf Nickendorf haftenden 5000 Thaler Kaufgelder nebst Zinsen zu 4 Procent seit Michaelis 1806 „cum omni jure et actione tam directa quam utili" der von K—schen Familienstiftung ab. In der darüber aufgesetzten Cessionsurkunde lauteten die hierher gehörigen entscheidenden Worte:

„dergestalt und also, daß ich das diesfallsige Unterpfandsrecht nebst Zinsen zu vier Procent an genannten Cessionarium übertrage."

Schindhelm erkannte die Stiftung als seine nunmehrige Gläubigerin an und kam mit derselben dahin überein, daß er das zu Michaelis 1806

zahlbar gewesene Kapital von 5000 Thalern nun als Darlehn zu 4 Procent, mit halbjähriger Aufkündigung, behalte. Er führte auch die Zinsen bis zu Michalis 1811 richtig ab, verfiel jedoch im J. 1815 in Concurs. In demselben ging die v. K—sche Stiftung leer aus, da nicht einmal die ihr vorgehende an v. S. cedirte Forderung von 10500 Thalern zur vollen Befriedigung kam.

Im Jahre 1843 nahm nun der Actor der erwähnten Stiftung den Erben Wilhelm Hagen's, Eduard H., als ursprünglichen Schuldner wegen der restirenden 5000 Thaler in Anspruch und richtete das Petitum seiner Klage auf Bezahlung der ursprünglichen Schuld von 5000 Thalern nebst Zinsen zu 4 Procent seit Michaelis 1814 — auf den Gesammtbetrag von 10500 Thalern.

Der Beklagte setzt diesem Anspruch entgegen:

1) die Einrede der Verjährung. Die Forderung sei zu Michaelis 1806 fällig, mithin zu Michaelis 1836 verjährt gewesen.

2) Es sei auf den Kläger nur der Realanspruch des Herrn von Günther, sein hypothekarisches Recht, nicht der persönliche Anspruch gegen den Beklagten übergegangen, denn es heiße ja in der Cessionsurkunde:

„daß ich das diesfallsige Unterpfandsrecht — — übertrage.“

3) Es habe eine Novation Statt gefunden, da

a) v. Günther den an v. S. abgetretenen 10500 Thalern ein Vorzugsrecht vor den an die K—sche Stiftung cedirten 5000 Thalern eingeräumt und

b) sich damit einverstanden erklärt habe, daß die 5000 Thaler nicht zu Michaelis 1806 gezahlt werden, sondern mit halbjähriger Kündigung stehen bleiben sollten.

4) Keinesfalls könne mehr als 10000 Thaler gefordert werden.

5) Für jetzt sei die Klage schon wegen der ausbedungenen halbjährigen Aufkündigung unstatthaft.

Der klagende Actor bemerkt dawider replicando:

1) die Verjährung habe nicht Statt gefunden, weil der klagenden Stiftung das Privilegium der milden Stiftungen zustehe, wonach deren Klagen erst in 40 Jahren verjähren. Vgl.

l. 6 pr. D. de jure fisci (49, 14.):

Fiscus, cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur; ceterum postea quam successit, habebit privilegium suum.

2) Was die angebliche Novation betreffe, so leuchte es ein, daß durch eine bloße Prolongation die fragliche Schuldverbindlichkeit selbst in ihrer Natur gar nicht wesentlich tangirt werde.

Gegen die angeführte l. 6 pr. beruft sich der Beklagte auf:

l. 54 D. de R. J.:

Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet.

CCLV. Der Student Ernst Vogel aus P. stellte bei seinem Abgange von der Universität zu G. dem dortigen Gastwirth Meister einen Schuldschein aus über die Summe von 112 Thalern, die er nach Ablauf von 3 Jahren zu bezahlen sich verpflichtete. Einige Zeit darauf kam M. mit dem Handelsmann Schuster aus P. zusammen, welcher gegen Z. in G. eine nach 6 Wochen fällige Forderung von 100 Thalern hatte. Sie kamen überein, daß S. dem M. seine Forderung gegen Z., dagegen M. dem S. seine Forderung an V. cediren solle; dies wurde ausgeführt und M. benachrichtigte den Z., sowie S. den V. von der geschehenen Cession. Schon nach 14 Tagen aber schrieb Schuster an Z., er solle nicht an M. zahlen, sondern ihm selbst das Geld schicken; es sei ihm unsicher, ob er von V. werde Bezahlung erlangen können. Hierauf schickte auch Z. am Zahlungstermine das Geld an Schuster. — Nach Ablauf der 3 Jahre wird nun Vogel sowohl von Meister, als von Schuster gemahnt und wünscht nun, zu wissen, wem er zu zahlen habe.

Zugleich fragt auch Meister, wie er sich zu verhalten habe. Gegen Z. hat er schon längst geklagt; der Proceß ist aber noch nicht entschieden. Z. glaubt, da S. für die cedirte Forderung noch nicht bezahlt sei, so habe er, Z., auch noch die Zahlung an ihn mit rechtlicher Wirkung geleistet. Wenn nun V. an Schuster gezahlt hätte, an wen müßte sich Meister halten? —

Könnte, wenn Schuster vor 3 Jahren dem M. die 100 Thlr. baar ausgezahlt hätte, V. dem S. jetzt die exc. legis Anastasianae entgegensetzen?

CCLVI. Der Kaufmann Apel klagt wider die Wittwe Kunz eine Forderung von 600 Thalern Hauskaufgelder ein. Die Beklagte schützte u. A. die Einrede der Zahlung im Betrage von 150 Thalern vor. Dieser Betrag sei von ihrer Tochter dem Kläger für die Beklagte gezahlt worden.

Der Kläger gesteht zwar das Factum der Zahlung zu, behauptet jedoch, dieselbe sei von der Tochter der Beklagten für eine dem Kläger gegen diese, die Tochter, selbst zustehende Forderung geschehen — nicht für die Schuld der Beklagten.

Den ihr auferlegten Beweis, daß die Zahlung auf die eingeklagte Forderung geschehen sei, sucht die Beklagte zu führen durch ein erst während des Processes von ihrer Tochter ausgestelltes Document, worin die Letztere erklärt, die fragliche Zahlung sei von ihr für ihre Mutter geschehen. Sollte aber diese Erklärung nicht genügen, so wolle sie hiermit ihre Rechte an den gezahlten Geldern der Beklagten cedirt haben. Ein Schuldverhältniß zwischen ihr und dem Kläger habe nie bestanden; wenn also die Zahlung doch für eine solche Schuld erfolgt sei, so würde es als eine solutio indebiti zu betrachten sein, wegen deren ihr die condictio indebiti zustehen müsse.

Der Kläger bestreitet die Zulässigkeit dieser Cession als eine litigiöse Forderung betreffend. —

CCLVII. Die Wittwe P. bezog eine jährliche Rente von 260 Thlrn., welche ihr von ihrer Schwester W. ausgesetzt worden „für die Dauer des Lebens der P., vorausgesetzt, daß dieselbe bis zu ihrem Tode im Wittwenstande verbleibe.“ Nachdem die P. dieses Wittthum 10 Jahre lang bezogen hatte, cedirte sie dasselbe an den Kaufmann C. für die Summe von 1500 Thlrn., welche ihr C. auszahlte. Drei Jahre später verheirathete sich die P. wieder und C., der bis dahin im Ganzen 840 Thaler empfangen hatte, erhielt von da an Nichts mehr auf die Rente, indem die Erben der W. dieselbe als nun erloschen betrachteten.

C. will daher gegen die P. klagen. Er wünscht zu wissen, ob er auf Fortleistung der Rente durch die P. bis zu ihrem Tode oder nur auf Rückerstattung von 660 Thalern klagen könne? —

CCLVIII. Der Herr von A. hatte dem Herrn v. P. 600 Thlr. Gold geliehen gegen Einhändigung und Uebertragung eines Pommerschen Pfandbriefs au porteur auf 800 Thlr. Cour., doch mit dem Vorbehalt für v. P., denselben binnen $1/_2$ Jahr wieder einzulösen. In dorso des Pfandbriefs stand:

„Auf umstehenden Pfandbrief werden keine Zinsen bezahlt, wenn „nicht der mit diesem Pfandbriefe zugleich mit ausgegebene gedruckte „Zinsschein unter der Nummer des Pfandbriefs mit vorgezeigt wird.“

Die zu dem Pfandbriefe gehörenden Zinscoupons behielt jedoch v. P. zurück. Da derselbe den Pfandbrief nach Ablauf des halben Jahres nicht eingelöst hatte, so verkaufte ihn v. A. an Schmidt und bekam von demselben den Kaufpreis im Betrag von 808 Thlrn. ausgezahlt.

Als aber Schmidt den Pfandbrief bei der Pommerschen Behörde eincassiren wollte, wurde ihm entgegnet, daß ohne die Zinsscheine keine Zahlung darauf erfolgen könne. Diese Zinsscheine herauszugeben verweigerte jedoch v. P., indem er den v. A. nicht für berechtigt zum Verkaufe hielt. —

Schmidt klagt daher jetzt gegen den Erben des inzwischen verstorbenen v. A. alternativ auf Herbeischaffung der Zinscoupons oder auf Zurücknahme des Pfandbriefs gegen Erstattung des Kaufgelds nebst Interesse. Er führt dabei namentlich auch an, daß er bei seinem Verkehr mit derartigen Papieren den Pfandbrief anzunehmen und über den Nennwerth dafür zu zahlen kein Bedenken getragen, dabei aber die Bemerkung über die Zinsen unbeachtet gelassen, weil er das Papier nur zur augenblicklichen Ausgabe gebraucht, daher von Zinshebung bei ihm nicht die Frage gewesen.

Die Beklagten entgegnen, die Zins-Coupons seien nicht zu schaffen, und da sie nicht mit verkauft worden, sei auch für dieselben keine Gewähr zu leisten.

CCLIX. Am 27. Jan. 1849 verkaufte Spanner ein bei Z. gelegenes Vorwerk an die Frau von G. für 2500 Thlr. Von dieser Kaufsumme bezahlte die Käuferin 2000 Thlr. sofort, der Rest von 500 Thlrn.

sollte am 1. Juli 1849 gezahlt werden. Schon zwei Tage darauf cedirte aber S. seine Forderung an Kummer. Es wurde auch sofort die Frau von G. von dieser Cession in Kenntniß gesetzt und an die Cessionsurkunde eine Erklärung der von G. folgenden Inhalts angehängt:

„Vorstehende Cession erkenne ich andurch nicht nur für richtig an, sondern verpflichte mich auch, die obigen 500 Thlr. sammt Zinsen an Herrn Kummer oder jeden andern Inhaber dieses Documents als Selbstschuldnerin zu bezahlen und Herrn Spanner auf sein Verlangen in Abzug zu bringen."

„D. am 6. Febr. 1849." „v. G."

Kummer cedirte die Forderung weiter an Frenzel und dieser klagt am 3. Juli gegen Frau v. G. auf Bezahlung der 500 Thaler. Die Beklagte setzt dieser Klage hauptsächlich entgegen, daß der Kauf, aus welchem sie die eingeklagte Summe schuldig geworden, später wieder rückgängig geworden sei, weil Spanner das ihr verkaufte Grundstück noch gar nicht zur Lehn gehabt, sondern nur von dessen Besitzer Schaumburg gekauft, später aber wieder abgegangen sei. Beklagte habe daher das Grundstück unmittelbar von Schaumburg gekauft. Ueberdies beruft sie sich auf das SC. Vellejanum. Der Kläger bemerkt gegen das erste Anführen, die Aufhebung des Kaufs zwischen der Beklagten und Spanner sei erst nach der Cession an Kummer und zwar erst am 3. April 1849 erfolgt, — mithin könne daraus kein Einwand gegen den Cessionar hergenommen werden, — zumal da durch die Erklärung der Beklagten vom 6. Februar die Forderung zu einer eigenen des Kummer geworden sei.

CCLX. Der Schneidermeister Bengler in Dresden hatte dem Tuchfabrikanten Ziegler in Schlesien, der ihn wegen einer Schuldforderung verklagt hatte, im September 1849 eine ihm gegen den Herrn von Scheibe zu W. zustehende Forderung für gelieferte Schneiderarbeiten im Betrage von 110 Thalern abgetreten. Von dieser Cession setzte der Advocat Ziegler's den Herrn von Sch. am 30. September desselben J. brieflich in Kenntniß und bat um Anzeige, ob die abgetretene Forderung in Richtigkeit beruhe, und wann er der Zahlung derselben entgegensehen könne.

Herr von Sch. beschloß hierauf, zuvor, ehe er weitere Schritte thue, den Schneider B. über die Sache zu befragen. Dieser stellte sich, wie er zu thun pflegte, zu Anfang Novembers bei Herrn v. Sch. ein; als ihm dieser jedoch den Brief des Z'schen Sachwalters vorhielt, stellte er die geschehene Cession ganz in Abrede; darauf hin zahlte v. Sch. dem B. auf dessen Bitte die 110 Thaler aus, von welchen B. 40 Thaler an Z's Bevollmächtigten ablieferte, den Rest aber zur Berichtigung anderer Passiven verwendete.

Z. erhob nunmehr Klage gegen v. Sch. auf Zahlung der noch restirenden 70 Thaler, wogegen der Beklagte einwandte, er habe bereits an B. das Ganze bezahlt.

CCLXI. In dem Königreich B. besteht die gesetzliche Bestimmung, daß Steuerforderungen von Seiten des Fiscus sofort mittelst Execution eingetrieben werden. Durch Staatsvertrag wurden zwei zum Königreich B. gehörige Güter an das Herzogthum M. abgetreten und der letztere Staat übernahm dabei „die Erhebung aller nicht eingegangenen Territorialeinkünfte und ihre Ablieferung an die bisherigen Besitzer.“ Jene zwei Güter waren nämlich früher steuerfrei gewesen und erst seit 3 Jahren zur Steuerpflicht gezogen; die Steuern waren jedoch nicht eincassirt worden.

Der Fiscus des Herzogthums M. verfügte, um jener Verabredung nachzukommen, ohne Weiteres eine Auspfändung des Besitzers jener Güter. Zu dieser Auspfändung glaubte er berechtigt zu sein, weil nicht nur in B., sondern auch in M. die Eingangs erwähnte gesetzliche Bestimmung gelte. —

Ist diese Folgerung richtig?

S. unten zu §. 289. Nr. 266.

---

§. 287.

CCLXII. Als A. auf einer Reise Frankfurt berührte, nahm er daselbst am 3. Mai 1837 bei dem Handlungshause B. eine Summe von 500 fl. als Darlehn auf; sein Freund C. verbürgte sich für ihn. Mit B. war verabredet worden, daß A. die geliehene Summe entweder an den Gläubiger selbst in Frankfurt oder an dessen Geschäftsfreund Z. in Augsburg zurückbezahlen könne. Einige Zeit nach seiner Abreise von Frankfurt schrieb A. an C., er möge die Schuld von 500 fl. an B. berichtigen, erhielt aber von C. die Antwort, daß dies ihm gerade jetzt unmöglich sei, er hoffe jedoch, in Bälde ihm dienen zu können. Bald darauf kam A. nach Augsburg, woselbst er am 1. Juni 1837 Vormittags 11 Uhr an Z. die 500 fl. bezahlte. Am 6. Juni erhielt er einen Brief von C., worin dieser ihm meldete, daß er an B. am 1. Juni die fragliche Summe ausgezahlt habe. Unterdessen hat nun aber Z. seine Zahlungen eingestellt, so daß man von diesem Nichts zurückerhalten kann. Die Zahlung des C. an B. geschah zwar auch am 1. Juni, allein die Tagsstunde, wann sie geschehen, läßt sich nicht mehr ermitteln. B. weigert sich, die empfangenen 500 fl. wieder zurückzugeben.

A. will klagen. Mit welcher Klage — gegen wen — worauf kann er klagen?

CCLXIII. Der noch in väterlicher Gewalt stehende Student Kernberg war im J. 1842 dem Kaufmann Sickler für aus dessen Laden entnommene Waaren die Summe von 50 Thlrn. schuldig geworden; im folgenden Jahre blieb er mit 75 Thlrn. für empfangene Waaren in Rückstand und nahm überdies von Sickler ein Darlehn von 100 Thlrn. auf, welches er am 1. Juli 1843 zurückzuzahlen versprach. Im J. 1844 ententlieh er wieder die Summe von 50 Thlrn. baar von S., wofür sich Z.

verbürgte; überdies verbürgte er selbst, K., sich für 40 Thlr., welche sein Freund M. an S. schuldete. M. ging aber einige Monate später nach Amerika und ließ Nichts wieder von sich hören. Für empfangene Waaren blieb K. in diesem Jahre 50 Thlr. schuldig.

Zu Anfang Januars 1845 gab K., weil er von S. sehr um Bezahlung gedrängt wurde, diesem seine Uhr, ein Paar Ringe, einige Kleidungsstücke und Bücher als Unterpfand, woraus er, falls K. ihn binnen 6 Monaten nicht bezahle, sich Befriedigung verschaffen könne.

Als K. zu Anfang Juli noch nicht bezahlt hatte, so verkaufte S. die ihm verpfändeten Sachen, erhielt jedoch dafür nur 85 Thaler. Da K. auch in diesem Jahre wieder Waaren für 25 Thlr. bezogen hatte, so ließ sich S. für den Fall, daß sie nach 3 Monaten nicht bezahlt seien, eine Conventionalstrafe von 2 Thalern versprechen. Gegen Ende des Jahres 1845 schrieb S. an einen reichen Oheim des K., meldete ihm die Forderungen, die er noch an K. habe und bat dringend um deren Berichtigung. Der Oheim sandte ihm darauf in den ersten Tagen des Januar 1846 die Summe von 150 Thalern. Mehr, schrieb er, könne er an seinen Neffen nicht wenden.

Nachdem im Jahre 1847 der Oheim des K. gestorben und von diesem beerbt worden war, reichte am 2. Januar 1848 Sickler eine Klage gegen K. ein, worin er von diesem die Bezahlung von 193 Thalern beanspruchte.

Was kann der Beklagte dieser Forderung entgegensetzen?

CCXIV. Reich stellt gegen Vogt folgende Klage an:

„Vogt hat am 7. Mai 1837 mir ein Darlehn von 15000 Thlrn. „zurückbezahlt und zwar indem er mir das Geld in versiegelten Geld„säcken und Packeten nach den darauf befindlichen Etiketten aufzählte. Ich „stellte demselben für den richtigen Zurückempfang eine Quittung aus. „Nach der Entfernung Vogt's zählte ich in Gegenwart von zwei Zeugen „die einzelnen Packete durch und fand, daß unter den Geldstücken sich „mehrere Braunschweigische Drittel- und Sechsteltthalerstücke befanden, „welche in der neuesten Zeit devalvirt worden sind, nichtsdestoweniger „aber von Vogt für voll angerechnet waren. Es stellte sich heraus, daß „dadurch eine Differenz von 300 Thlrn. entstand, die ich zu wenig em„pfangen habe. Ich protestirte daher sogleich gerichtlich gegen meine „Quittung. Da der Beklagte sich weigerte, das Fehlende nachzubezahlen, „so bitte ich, denselben zur Bezahlung von 300 Thlrn. nebst Zinsen vom „7. Mai 1837 an zu verurtheilen."

In der Exceptionsschrift läugnete Vogt den Grund der Klage ab und setzte derselben besonders folgende zwei Einreden entgegen:

1) Kläger hätte die einzelnen Säcke und Packete, in denen sich die nichtconventionsmäßigen Münzen vorgefunden haben sollen, mit genauer Bezeichnung der Etiketten und des Inhalts angeben,

2) vor Allem aber die Säcke und Packete ihm — dem Beklagten —

überliefern müssen, damit er ihretwegen etwa seinen Regreß an die Verfertiger dieser Packete nehmen könne.

Auf den Grund dieser Einreden hin wurde die Klage durch Urtheil des Gerichts erster Instanz „angebrachtermaaßen" abgewiesen, indem dasselbe die Benennung und Herausgabe der einzelnen Säcke und Packete deshalb für nothwendig hielt, weil nur dadurch der Tradent beurtheilen könne, ob er es sei, der die Packete in Circulation gesetzt, oder ob dies von einem Andern geschehen, in welchem Falle ihm dann der Regreß gegen seinen Tradenten möglich werde.

In zweiter Instanz wurde Kläger ebenfalls abgewiesen, aber aus einem anderen Grunde, weil hier keine wahre *solutio*, sondern nur eine in solutum datio vorgekommen, die Zahlung in Säcken und Packeten keine Geldzahlung, sondern Hingabe von *res* sei. Wer sich aber über die Fehlerhaftigkeit einzelner empfangener Sachen beklage, wie z. B. durch die actio redhibitoria oder quanti minoris, der müsse auch die einzelnen Sachen, die fehlerhaft seien, benennen, weil ja sonst der Beklagte gar nicht im Stande sei, sich auf die Klage einzulassen.

Kläger legt darauf Oberappellation ein.

Wie ist zu erkennen? Sind die Entscheidungsgründe der ersten oder der zweiten Instanz zu billigen?

---

§. 289. 290.

CCLXV. Im Juli 1841 errichtete Martin Donner zu L. ein Testament vor sieben Zeugen, worin er die Wittwe seines Bruders Bernhard Donner und deren neun Kinder zu Universalerben seines Vermögens einsetzte, von seinen übrigen sieben Geschwistern aber jedem ein Legat von 3000 Thalern, in jährlichen Raten von 500 Thalern zahlbar, aussetzte und in Ansehung eines dieser Geschwister, seines Bruders Gottlob D., verfügte:

„daß selbiger in das Hospital eingekauft werden, der Rest der 3000 Thaler aber seinen Kindern verbleiben, er indessen bis zu seinem Ableben die Hälfte der diesfallsigen Zinsen davon genießen solle."

Der Testator starb noch an demselben Tage und die von ihm eingesetzten Erben traten seinen Nachlaß an. Sie waren auch bereit, dasjenige, was in Bezug auf G. D. verfügt war, zu erfüllen, namentlich denselben in das Hospital einzukaufen. Dem stellten sich jedoch verschiedene Schwierigkeiten entgegen, indem die Behörde die Aufnahme des G. D. in das Hospital nicht anders geschehen lassen wollte, als wenn zugleich seine Ehefrau mit aufgenommen würde. Dann aber hätte auch für die jüngste, damals eilfjährige, Tochter dieses Ehepaares gesorgt werden müssen, wodurch ein Aufwand erwachsen sein würde, der das Kapital der 3000 Thlr. auf eine den G. D'schen Kindern empfindliche Weise gemindert hätte. Während noch über diese Angelegenheit verhandelt wurde, starb G. D. (1843) und es erledigte sich dadurch die Frage wegen seiner Einkaufung in das Hospital. Es war aber bereits während dieser Zeit ein Legatentermin von 500 Thalern fällig geworden.

Die Erben M. D's wollten auch diese Zahlung leisten, jedoch nur mit Abzug einer eingeständlich von G. D. seinem Bruder M. D. geschuldeten Summe von 393 Thalern. Sie deponirten daher 107 Thlr., mit welcher Summe unter Zurechnung der 393 Thaler die 500 Thaler berichtigt sein sollten. Allein die Kinder G. D's wollten sich dies nicht gefallen lassen, sondern behaupteten, daß die Schuld ihres Vaters ihnen nicht in Gegenrechnung gebracht werden dürfe. Sie beharrten auch hierauf, nachdem ihr Vater gestorben war, von dessen Nachlaß sie sich losgesagt hatten.

In der deshalb von ihnen gegen die Erben angestellten Klage hoben sie namentlich hervor, daß ihrem Vater G. D. zwar ein Legat von 3000 Thlrn. ausgesetzt, dieses Legat aber sofort mit einem Singular-Fideicommisse zu Gunsten seiner Kinder beschwert worden und zwar so, daß das Legat gar nicht G. D., dem Vater, sondern sogleich den Kindern gehören, diesen mithin nicht erst bei G. D's Tode, sondern sogleich beim Tode des Testators das Fideicommiß anfallen sollte. Dies gehe nämlich unzweifelhaft daraus hervor, daß nicht nur G. D's Einkaufung in das Hospital angeordnet, sondern auch bestimmt worden sei, er solle nicht mehr als die Hälfte der Zinsen des nach Abzug der Einkaufskosten verbleibenden Restes der 3000 Thlr. — also vom Kapitale Nichts — erhalten.

Die beklagten Erben halten sich dessenungeachtet zum erwähnten Abzuge für berechtigt aus folgenden Gründen:

1) weil die Compensation ipso jure geschehen, mithin die Forderung der Kläger von selbst auf 2607 Thaler herabgesunken sei;

2) weil Kläger nicht mehr bekommen könnten, als beim Tode ihres Vaters von dem Legate übrig gewesen sei, indem dieses Legat zugleich ein legatum ejus, quod superfuturum erit, enthalte, folglich die Kläger sich wegen Verminderung nicht an sie, die Beklagten, sondern an ihren Vater, den Fiduciar, zu halten hätten.

3) Jedenfalls stehe ihnen ein Retentionsrecht an den 3000 Thalern bis zu Berichtigung ihres eignen Anspruchs an G. D. zu.

4) Eventuell glauben sie wenigstens auf denjenigen Betrag compensiren zu dürfen, der zum Einkaufen G. D's nöthig gewesen sei; denn dieses Einkaufen sei als modus dem Legate beigefügt und da dieser modus 1) zum Besten des Legatars gereichte, 2) ohne dessen Schuld nicht erfüllt worden, so habe die dazu bestimmte Summe dem Legatar gehört, ohne daß er zur Caution verpflichtet gewesen, und mithin verdankten die Kläger den Betrag, der zum Einkaufen nöthig gewesen, nicht unmittelbar der Bestimmung des Martin D'schen Testaments, sondern ihrem Erbrechte an dem Nachlasse ihres Vaters.

Die Kläger entgegnen hierauf, von einem modus könne hier deshalb nicht die Rede sein, weil das Einkaufen angeordnet sei ohne Bestimmung, von wem es geschehen solle. Aus dem Zusammenhange aber, besonders daraus, daß es im Testamente, ehe noch die G. D'schen Kinder erwähnt werden, heiße:

„G. D. soll in das Hospital eingekauft werden und der Rest der 3000 Thaler soll seinen Kindern verbleiben"

gehe hervor, daß nicht die honorati, sondern die onerati den modus erfüllen sollten, es sei also kein modus, sondern ein factum legatum. G. D. sei außer der oben erwähnten Zinsenhälfte mit weiter Nichts, als mit der Einkaufung in's Hospital im Testamente bedacht. Das Einkaufen sei nicht erfolgt, die Beklagten hätten keine Ausgaben deshalb gehabt, sie können also auch den Klägern keinen Abzug deswegen machen. Dazu komme noch, daß G. D. selbst die ihm legirte Einkaufung ausgeschlagen und erklärt habe, er halte die Anwendung des dazu nöthigen Geldes für eine Verschwendung. Schon dadurch sei die fragliche Beschwerung des Fideicommisses hinweggefallen.

CCLXVI. Die Wittwe Geiger hatte dem Fabrikanten Schulze ein Darlehn von 6000 Thlrn. gegeben, wofür ihr dieser eine Generalhypothek an seinem ganzen Vermögen bestellt hatte. Als darauf später nach vorausgegangener vertragsmäßiger Kündigung der Schuldner S. zur festgesetzten Zeit das Darlehn nicht zurückzahlte, so machte die Wittwe G. von der ihr eingeräumten Generalhypothek Gebrauch und erwirkte u. A. auch Arrestanlage anf eine Forderung von 4000 Thalern, welche dem S. gegen den Kaufmann Hermann zustand. In Folge davon wurde der Letztere abcitirt, er weigerte sich jedoch, obgleich er die Schuld an S. zugestand, dieselbe an die G. zu zahlen, indem er geltend machte, es stehe ihm gegen Schulze eine Gegenforderung im Betrag von 4250 Thlrn. zu, welche er gegen die mit Arrest belegte in Compensation bringen wolle. Er sei nämlich in ein Schuldverhältniß, in Folge dessen Schulze an X. 4250 Thlr. schuldete, als Schuldner für Schulze eingetreten. Da nun bekanntlich die Expromission der Zahlung gleichstehe, so habe er dadurch eine Gegenforderung gegen Schulze erlangt und die Compensationseinrede aus derselben müsse sich auch die Wittwe G. gefallen lassen, da sie nur das Recht des S. geltend mache und die Gegenforderung noch entstanden sei, ehe er von der Generalhypothek und der Arrestanlage Kenntniß erlangt habe.

Im Laufe der Verhandlungen machte Hermann noch geltend, er habe nunmehr wirklich als Expromittent Zahlung an X. geleistet.

Kommt auf den Beweis der Thatsachen, auf welche H. die Compensationseinrede stützt, Etwas an?

Gesetzt, die G. hätte als Cessionarin des S. — ohne daß ihr eine Generalhypothek am Vermögen des S. bestellt wäre — gegen H. die 4000 Thlr. eingeklagt und der Beklagte hätte die Einrede der Compensation aus einer ihm wirklich zustehenden Gegenforderung vorgeschützt, könnte dann die Klägerin von der Replik der Gegencompensation Gebrauch machen, mit Bezug auf andere Forderungen, welche dem Cedenten gegen den Beklagten zustehen? Oder ist dies unzulässig, weil diese andern Forderungen der Klägerin nicht ebenfalls cedirt sind?

Kommt bei Beantwortung dieser Frage Etwas auf die Zeit an, zu welcher die in der Replik geltend gemachten Forderungen von dem Cedenten erworben wurden?

CCLXVII. Der Advocat P. hatte im Herbste 1847 für die hülfsbedürftige Wittwe N. in der Stadt X. eine Collecte veranstaltet und hatte auf diese Weise die Summe von 85 Thlrn. zusammengebracht. Von dieser Summe lieferte er jedoch an die N. nur 50 Thlr. ab. Diese erfuhr später den wahren Hergang, und daß 85 Thlr. für sie eingegangen seien. Sie klagte daher zu Ende des Jahres 1848 gegen P. auf Herausgabe des ihr noch gebührenden Restes von 35 Thlrn.

Der Beklagte bestritt zunächst, daß Klägerin aus der für sie geschehenen Einsammlung irgend ein Recht erworben habe. Beklagter habe dabei nur mit den Gebern, nicht mit der Klägerin zu thun gehabt; mithin könne diese nicht aus eigenem Rechte klagen, aber ebensowenig aus einem Rechte Derjenigen, die das Geld zusammengeschossen, wenn diese ihr auch ihre Klage cediren wollten, denn dieselben hätten kein pecuniäres Interesse daran gehabt, daß das Geld für die N. verwendet werde, also auch keine Klage. Auch würde sich nicht ermitteln lassen, von wem die abgelieferten 50 Thaler und von wem die zurückbehaltenen 35 Thaler herrührten.

Außerdem bediente er sich der Einrede der Compensation. Er habe nämlich der Klägerin im J. 1840 auf ihr dringendes Bitten 20 Thaler gegeben. Die übrigen 15 Thlr. aber schulde sie ihm noch vom December 1817 her, wo Beklagter für sie mehrere Geschäfte besorgt und in Folge dessen verschiedene Auslagen gehabt habe. Die Einnahmen, die er dabei besorgt, seien unzureichend zur Deckung der Auslagen gewesen und es stehe ihm daraus noch eine Forderung von 15 Thalern gegen die Klägerin zu.

Die N. entgegnet hierauf:

1) Eine Klage stehe ihr gegen P. unzweifelhaft zu, weil derselbe bei Anstellung der Collecte ihr, der Klägerin negotium gerirt habe.

2) Die 20 Thlr., welche ihr Beklagter i. J. 1840 gegeben, habe sie als Geschenk von P. angenommen, da derselbe Nichts von Zurückerstatten erwähnt habe; auch sei bei ihren Verhältnissen schon damals keine Aussicht gewesen, daß sie es werde zurückgeben können.

3) Die angebliche Forderung von 15 Thlrn. müsse sie bestreiten, so lange bis durch Rechnungsablage ihre Existenz erwiesen werde. Uebrigens würde dieselbe, auch wenn sie im J. 1817 bestanden hätte, schon im December 1847 verjährt gewesen sein.

Wie verhält es sich mit der Zulässigkeit der vom Beklagten vorgeschützten Einreden? —

COIXVIIa. Die Wittwe U. in G. verkaufte ihr daselbst belegenes Bauerngut für 4000 Thlr. an ihren 30jährigen Sohn Friedrich U. mit der Bestimmung „daß sie bis zu ihrem Tode im Besitze und Nutzung des Guts verbleiben, Käufer ihr die Hälfte des Preises sofort, die andere Hälfte aber erst nach 2 Jahren zu zahlen verpflichtet sein solle.“ Die erste Hälfte wurde auch sogleich vom Käufer erlegt, als aber die Frist zwei Jahre verlaufen und die zweite Hälfte unberichtigt geblieben war,

erhob der Ehemann der inzwischen wieder verheiratheten Verkäuferin Klage auf Zahlung, worauf das Gericht ihm rechtskräftig aufgab, seinen angeblichen Auftrag zur Klage nachzuweisen. Bevor er dieser Auflage genügte, verstarb seine Ehefrau mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem es heißt: „zu Erben ernenne ich mein einziges Kind Friedrich U. in G. und meinen gegenwärtigen Ehemann. Ersterer soll aber meinen Nachlaß erst beim Tode des letzteren, der denselben bis dahin allein zu besitzen und zu genießen hat, erhalten, weil er mir in den Jahren meiner zweiten Ehe mehrfach zur Unzufriedenheit Anlaß gegeben hat."

Kläger behauptete, auf dieses Testament gestützt, jetzt zum Processe hinlänglich legitimirt zu sein, und Beklagter erklärte sich auch hiermit einverstanden, opponirte aber, daß er höchstens zur theilweisen Zahlung der 2000 Thlr. verpflichtet sein könne, weil ein Theil seiner Schuld durch confusio erloschen sei. Ferner erhob er die Einrede der Compensation, die er folgendermaßen zu begründen suchte: auf jeden Fall gebühre ihm jetzt sofort der Pflichttheil an dem mütterlichen Nachlasse, welcher wenigstens 2000 Thaler betrage, wie ein vom Kläger zu den Acten zu lieferndes Inventarium oder in dessen Ermangelung eine von ihm aufzustellende und eidlich zu erhärtende Specification ergeben werde. Kläger behauptete dagegen, daß er weder zu diesem noch jenem verpflichtet, vielmehr Sache des Gegners sei, seine Compensationseinrede sofort liquide zu machen, und bat, da dieses nicht geschehen, dieselbe zu verwerfen. Auf des Beklagten Behauptung, daß Kläger durch seine ungerechtfertigte Weigerung der Liquidation selbst hinderlich werde, entgegnet dieser, daß die Frage wegen Vorlage des Inventars bezw: der Specification und deren Beeidigung ja noch gar nicht erledigt sei, und selbst dann, wenn sie zu seinen Ungunsten entschieden, mit der Erfüllung der ihm dann obliegenden Verbindlichkeiten doch immer erhebliche Zeit verloren gehen würde, woraus sich schon jetzt ergebe, daß die Compensationseinrede das erforderlichen sofortigen Beweises entbehre.

Aus einem ähnlichen Grunde dürfe auch von einer Erlöschung der Forderung durch confusio noch keine Rede sein, denn erst müsse doch feststehen, wie hoch der Activbestand des Nachlasses sich belaufe."

Wie ist zu entscheiden?

CCLXVII b. Wittwe Barbara F. in K. verkaufte ihr daselbst belegenes Haus nebst Ländereien an ihren Sohn Berthold für 2000 Thaler und die von dem Käufer übernommene Verpflichtung, ihr lebenslängliche Wohnung in jenem Hause zu gestatten, für den Fall aber, „daß sie mit ihm nicht in Einigkeit leben und eine andere Wohnung zu nehmen genöthigt sein sollte," ihr 200 Thlr. auszuzahlen. Nach einigen Jahren verließ sie ohne Angabe eines Grundes ihre bisherige Wohnung und verstarb bald darauf mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem sie ihren zweiten Sohn Heinrich „zum Universalerben, ihren Sohn Berthold aber zum Erben auf den Pflichttheil" ernannte, „dergestalt, daß ersterer alle activa und passiva erhalte und nur den Pflichttheil an seinen Bruder

herauszuzahlen habe." Der Nachlaß betrug am Werthe 950 Thaler, wobei die eventualiter bedungene Summe der obigen 200 Thlr. indeß nicht mit veranschlagt ist. Berthold F. klagte nun gegen Heinrich, der den Nachlaß in Besitz genommen hatte, auf Auszahlung der ihm dem Testamente nach zukommenden Summe, worauf ihm Beklagter die Einrede der Compensation opponirte. Die Mutter habe ihm, Beklagten, alle activa zugewandt, mithin gebühre ihm auch die Forderung der 200 Thaler, welche ihr bereits beim Wegzuge der Mutter aus des Klägers Hause gegen diesen erwachsen sei. Es ergebe sich also, daß Kläger dem Bekl. noch mehr schulde, als sein Pflichttheil betrage, er müsse daher abgewiesen werden, wegen des Ueberschusses seiner Forderung behalte sich aber Beklagter seinen Zuständigkeiten vor.

Kläger entgegnete: die zur Compensation gebrachte Forderung bestehe gar nicht, habe überhaupt nie bestanden. Nur für den Fall, daß Mutter und Sohn nicht einig mit einander leben würden und letztere auszuziehen „genöthigt" sein sollte, sei ihr die Summe der 200 Thlr. ausbedungen. Nun habe aber Beklagter weder eine Uneinigkeit behauptet, noch habe solche wirklich Statt gefunden, ebensowenig sei die Mutter zum Ausziehen „genöthigt" gewesen und auch keine desfallsige Behauptung in der Klage enthalten. Wollte man nun auch einmal hierüber hinwegsehen und das Existentwerden der Forderung annehmen, so habe sie doch zu existiren aufgehört. Denn indem die Mutter angeordnet, daß dem Kläger von seinem Gegner der Pflichttheil ausgezahlt werden solle, ohne dabei der 200 Thlr. zu erwähnen, habe sie ihm jedenfalls seine Schuld erlassen, diese betrage ja mehr als der Pflichttheil, so daß, wenn sie als noch bestehend angenommen wäre, von einem „Herauszahlen" der legitima keine Rede hätte sein können. Auf keinen Fall würde die angebliche Forderung der 200 Thlr. auf Beklagten allein übergegangen, vielmehr die Hälfte davon auf Kläger gekommen und durch confusio erloschen sein. Endlich stehe überhaupt der Compensationseinrede entgegen, daß sie mit der ganz klaren, aus einem Testamente hergeleiteten Gegenforderung ihrem Ursprunge nach nicht im mindesten Zusammenhange sich befinde, andererseits zur Zeit auch noch ganz illiquide sei. Wolle man vielleicht der Vorschrift Justinians, welche illiquide Forderungen für incompensabel erkläre, „aus historischen und inneren Gründen allgemeine heutige Anwendbarkeit absprechen, so müsse man doch wenigstens der Ansicht beitreten, nach welcher nur in pari causa, wo von Anfang an die Absicht der Parteien auf Rechnung und Gegenrechnung aus beiden verschiedenen Geschäften gerichtet war, illiquide Forderungen gegen eine liquide Klagforderung compensationis exceptione geltend gemacht werden können."

In der Schlußschrift hat Beklagter hierauf erklärt: der Umstand, daß sich die Mutter von dem Kläger gewandt und eine andere Wohnung genommen habe, ergebe ganz deutlich, daß dazu für sie eine Nothwendigkeit vorgelegen und kein einiges Verhältniß zwischen ihr und dem Kläger bestanden habe, übrigens könne dieses Verhältniß auch noch besonders bewiesen werden. Erlassen sei die Forderung dem Kläger nicht, sonst würde

die Mutter bestimmt haben, „daß er außer dem Pflichttheile auch die 200 Thaler haben und behalten solle.“ Schenkungen werden nicht präsumirt, außerdem müßte Kläger, wenn ihm seine Schuld mit rechtlicher Wirksamkeit hätte geschenkt sein sollen, die Schenkung acceptirt haben. Auf den Kläger sei von der Forderung der Mutter gar nichts gekommen, denn diese habe den Beklagten „zum Universalerben“ ernannt, ihm ausdrücklich alle activa überwiesen und deutlich gesagt, daß Kläger weiter nichts als den Pflichttheil aus ihrem Vermögen erhalten solle. Endlich liege so wenig eine Illiquidität der compensando geltend gemachten Forderung vor, als wenig erforderlich sei, daß Forderung und Gegenforderung ex pari causa herrühren, oder die Absicht der Inhaber von vorn herein auf Abrechnung gerichtet gewesen sei.

CCLXVIIc. Der Holzhändler E. klagte gegen den Zimmermann B. wegen Holzhandels aus den Jahren 1865 und 1866 auf die Summe von 202 Thlr. 27 Sgr. 6 Pf. nebst 5% Zinsen, vom Tage der behändigten Klage an gerechnet.

Der Beklagte trug dagegen vor: im Jahre 1863 habe er vom Gegner 482 Stämme à 2 Thlr. 15 Sgr. gekauft und sofort in der Voraussetzung richtiger Lieferung bezahlt. Kläger habe aber 26 Stämme zu wenig geliefert, müsse also 65 Thaler zurückgewähren, mit welchem Betrage Beklagter gegen die libellirte Summe compensiren wolle.

Kläger leugnete das exceptivische Vorbringen und bemerkte ferner: Die opponirte Einrede sei im vorliegenden Processe unstatthaft. Wäre nämlich die derselben zu Grunde liegende Thatsache auch wirklich wahr, so hätte Beklagter, nachdem er den verabredeten Kaufpreis bezahlt, doch nur das Recht, Nachlieferung der fehlenden Stämme zu fordern. Damit könne aber nicht compensirt werden. Ein condictio sei nicht begründet, da von einer Ungültigkeit des abgeschlossenen Geschäfts nicht die Rede sei.

Wie ist zu entscheiden?

Novatio

§. 291.

CCLXVIII. Der Apotheker Winkler in W. verkaufte am 17. Mai 1845 sein daselbst gelegenes Wohnhaus, mit der darin befindlichen allöopathischen und homöopathischen Apotheke incl. sämmtlicher dazu gehöriger Vasa, Instrumente, Utensilien und Waarenvorräthe für die Summe von 6250 Thaler pr. Cour. an den Apotheker Frisch, indem er zugleich zu Gunsten des Käufers die ihm von der höchsten Landesbehörde verwilligte und seit 25 Jahren ausgeübte Apotheker- sowie auch die damit verbundene Material-Concession niederlegte. Von dem Kaufgelde sollten 500 Thaler sofort angezahlt, 2750 Thlr. am Tage der Uebergabe berichtigt werden und 3000 Thlr. auf die 3 folgenden Jahre gegen 4 Procent Zinsen stehen bleiben; nach Ablauf dieser Zeit sollte der Käufer die 3000 Thaler abbezahlen. Bis zur vollständigen Berichtigung der Kaufgelder

behielt sich der Verkäufer das Eigenthumsrecht an dem verkauften Hause vor und ließ sich überdies von dem Käufer eine Hypothek daran bestellen.

Kurz vor Abschluß dieses Kaufs hatte Winkler dem Käufler brieflich versichert, daß er aus dem reinen Medicinalgeschäfte in den 5 letzten Jahren (1839—1844) eine jährliche Bruttoeinnahme von durchschnittlich 1000 Thalern gezogen habe. Frisch überzeugte sich jedoch bald, daß er es zu dieser Einnahme bei aller Anstrengung nicht bringen könne. Auch erfuhr er, daß Winkler, nach Ausweis seiner Geschäftsbücher, nur eine Durchschnittseinnahme von höchstens 550 Thlrn. und auch nur mit Hülfe des verbotenen Selbstdispensirens bezogen habe.

Frisch entschloß sich daher, die Apotheke sofort wieder zu verkaufen und bot sie in den Zeitungen aus mit dem Anführen, daß sie eine Durchschnittseinnahme von 1000 Thlrn. abwerfe. In Folge davon fand sich auch wirklich ein Käufer in der Person des Apothekers Tischer, der mit Bezug auf die von Frisch angeführten Thatsachen auf den Kauf der Apotheke zu einem Kaufpreis von 6500 Thlrn. einging.

Bei diesem gegen Ende des Jahres 1845 abgeschlossenen Kaufe wurde bestimmt, daß 500 Thlr. sofort, 3000 Thlr. nach Ablauf eines halben Jahres an Frisch gezahlt werden solle. „Der Rest" (hieß es weiter) „von 3000 Thalern, Herrn Winkler gehörig, bleibt unter nachfolgenden Bedingungen, 1) daß die Zinsen in halbjährigen Raten gezahlt werden; 2) daß derselbe berechtigt ist, das ganze Capital zu kündigen, wenn Herr Tischer nicht pünktlich zur Verfallzeit die Zinsen zahlt; 3) daß die Apotheke bis dahin, wo die Herrn Winkler gehörenden Gelder auf dieselbe hypothekarisch eingetragen sind, in der Feuerversicherungsbank zu M. mit 2000 Thlrn. versichert wird; ferner 1500 Thlr. auf 3 Jahre und 1500 Thlr. auf 2 Jahre unkündigbar auf der Apotheke hypothekarisch eingetragen stehen und behält sich Herr Winkler ausdrücklich Eigenthumsrechte an der Apotheke so lange und bis diese 3000 Thlr. nebst Zinsen vollständig bezahlt sind, vor." Ferner hieß es in dem Contracte: „Der Herr Apotheker Frisch allhier legt zu Gunsten des Herrn Tischer, mit Genehmigung des Herrn Apothekers Winkler, soweit derselbe dabei betheiligt ist, die ihm zustehende Apotheker- und Materialhandel-Concession nieder und verkauft an denselben sein sub Nr. 97 gelegenes Wohnhaus u. s. w. für die Summe von 6500 Thlr. u. s. w. Herr Frisch übernimmt die Verbindlichkeit, daß Herr Winkler in Form Rechtens diesen Vertrag unterzeichnet u. s. w. Sollte dem Herrn Käufer die Concession zur Betreibung des Geschäfts nicht gewährt werden, so ist der Kaufcontract aufgehoben und ungültig und die etwa angezahlten 500 Thaler sollen ihm dann von dem Herrn Verkäufer zurückgezahlt werden. Es bleiben in diesem Falle alle Verabredungen zwischen Herrn Apotheker Winkler und Herrn Apotheker Frisch genau so gültig, wie sie in dem Kaufcontracte vom 17. Mai 1845 niedergeschrieben sind."

Einige Tage darauf wurde dieser Vertrag vor Gericht auch von Winkler mit unterzeichnet. — In dem darüber aufgenommenen gerichtlichen Protokolle wurde die im Vertrage sub. 3) gestellte Bedingung „in allseitiger Uebereinstimmung dahin erläutert, daß dem Herrn Apotheker

Winkler wegen der dem Herrn Apotheker Tischer dargeliehenen 3000 Thaler außer dem reservirten Eigenthumsrechte auch eine Hypothek auf die verkaufte Apotheke eingeräumt werden solle." —

Tischer war bei aller Anstrengung nicht im Stande, bei dreijährigem Betriebe mehr als eine durchschnittliche Bruttoeinnahme von 451 Thlrn. zu erzielen, weshalb, als er im Jahre 1847 von Winkler wegen der 3000 Thaler gemahnt wird, er die Zahlung verweigert.

Sein Anwalt wünscht zu wissen, welche Einreden er am Zweckmäßigsten

1) einer Schuld- resp. Darlehnsklage,
2) einer Pfandklage,
3) einer Eigenthumsklage Winkler's werde entgegenstellen können?

Bei dem ersten Punkte entsteht vor Allem die Frage, in welchem Rechtsverhältnisse Winkler in Folge seines Beitritts zu dem Verkaufe zwischen F. und T. zu dem Letztern stehe. Daß dadurch eine Novation bewirkt worden, bezweifelt der Quärent, weil dies nicht, wie hätte geschehen müssen, ausdrücklich im Vertrage bemerkt sei. Er denkt dagegen an folgende 3 Rechtsverhältnisse, die möglicher Weise durch W's Beitritt hervorgerufen und von den Parteien beabsichtigt sein können:

1) Frisch kann die ihm gegen Tischer zustehende Kaufgeldsforderung von 3000 Thalern an Winkler an Zahlungsstatt cedirt haben.

2) Tischer kann als Correalschuldner dem Obligationsverhältnisse zwischen Frisch und Winkler beigetreten sein.

3) Tischer kann gegen W. ein constitutum für F's Schuld an denselben eingegangen haben.

a) Zu welchen verschiedenen Resultaten würde es führen, jenachdem man die eine oder die andere von diesen 3 Möglichkeiten, oder eine Delegation annähme, und welchen Einfluß würde dies auf die Vertheidigung des T., wenn er belangt würde, haben?

b) Welches Rechtsverhältniß ist das wirklich bestehende nnd bei Beurtheilung des Falles allein zu Grunde zu legende? —

c) Welchen Einfluß hat es, daß Frisch zu der Zeit, wo er an Tischer verkaufte, bereits Kenntniß hatte von der Unwahrheit dessen, was ihm Winkler über den Ertrag der Apotheke versichert hatte? Macht es einen Unterschied, ob Frisch das klare Bewußtsein hatte, daß ihm deshalb ein Regreßanspruch gegen W. zustehe, oder darüber im Zweifel war?

d) Kann T. auch auf Liberation und Löschung der Hypothek klagen und welcher Klage müßte er sich hierzu bedienen?

Bei Beurtheilung des vorstehenden Falles kommen u. A. folgende Stellen in Betracht:

l. 12. D. de novat. et deleg. (46. 2.) Paulus:

Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille *suum recepit*; sed is qui delegavit, tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel

certi, si soluta esset, et ideo cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati judicio.

l. 19. D. eod. Paulus:

Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est et in caeteris similibus exceptionibus, imo et in ea, quae ex Senatusconsulto filiofamilias datur. Nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra Senatus consultum fit: tanto magis quod hic nec solutum repetere potest. — — Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est, aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur. Et ideo merito deneganda est adversus eum exceptio ex persona debitoris.

l. 7 D. de doli mali exc. (44, 4.) Ulp.:

Julianus ait, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim, cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri, et praeterea condictio mihi adversus stipulatorem competit, ut me liberet. §. 1. Idem Julianus ait: si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem. Et habet haec sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus.

l. 2 §. 2—4 D. de donat. (39, 5.) Julianus:

Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est. §. 3. Aliud juris erit, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei, cui donare volebas; exceptione enim doli mali tueri me potero, et praetera incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptam faciat stipulationem. §. 4. Item si ei, quem creditorem tuum putabas etc. (s. d. vorhergeh. Stelle).

c. 11. Cod. de cond. indeb. (4, 5.) Justinianus:

Pro dubietate eorum, qui mente *titubante* indebitam solverint pecuniam, certamen legislatoribus incidit: idne, quod ancipiti animo persolverint, possint repetere, an non. Quod nos decidentes sancimus, omnibus, qui *incerto* animo indebitam dederint pecuniam vel aliam quandam speciem persolverint, *repetitionem non denegari* etc.

CCLXIX. Der Kaufmann Reinhard war bis zum 19. September 1840 dem Fabrikanten Pechtler für gelieferte Garne die Summe von 750 Thalern schuldig geworden. An dem genannten Tage schlossen Beide einen Vertrag dahin, daß P. dem R. ein Darlehn von 750 Thalern baar vorstrecken solle, so jedoch, daß R. schon vor Auszahlung des Darlehns vor Gericht den Empfang desselben bekennen, seine Immobilien

dafür verfänden und nach Ausfertigung der Schuld- und Verpfändungsurkunde die 750 Thlr. erhalten solle. Es wurde auch noch an demselben Tage eine Urkunde aufgesetzt, worin R. bekannte, ein Capital von 750 Thalern als Darlehn von P. erhalten zu haben, welches er nach vierteljähriger Aufkündigung zurückzuzahlen und bis dahin mit 5 Proc. zu verzinsen versprach.

Auf Grund dieser Urkunde liquidirte P. im August des Jahres 1842 bei dem über R. ausgebrochenen Concurse eine Forderung von 750 Thlrn.; es wurde ihm jedoch von dem Gütervertreter unter Darstellung des erwähnten Sachverhalts die exceptio non numeratae pecuniae entgegengesetzt. Die Forderung für gelieferte Garne räumte er ein; allein da dieselbe nicht liquidirt sei, so könne sie nicht mehr in Betracht kommen. —

In seiner Replikschrift berief sich der Kläger auf die vom Beklagten eingeräumte Thatsache, daß er bis zum 19. Sept. 1840 die eingeklagte Summe von 750 Thalern schuldig geworden. In der producirten Urkunde sei mithin durch den Ausdruck „Darlehn" nur eine Novation bezeichnet, der Empfang des Betrags aber liege eben in der eingestandenen Schuld für gelieferte Garne. Es sei auch an sich höchst unwahrscheinlich, daß Jemand, der sich von seinem Schuldner über den Betrag der Schuld eine Darlehnsverschreibung ausstellen lasse, ihm eine neue Summe von gleicher Höhe habe creditiren wollen. —

Läßt sich darauf Etwas entgegnen?

Unrgstrif

§. 294.

CCLXX. Als im Jahre 1836 Heinrich Völker in Z. todt gefunden wurde, behauptete seine Wittwe, von dem Verstorbenen schwanger zu sein, weßhalb eine custodia partus angeordnet wurde, welche bis zum 3. Januar 1837 bestand. An diesem Tage sollte nämlich nach der übereinstimmenden Angabe der Wittwe, ihrer Wärterin und der gebrauchten Hebamme die Entbindung der erstern von einem Kinde weiblichen Geschlechts erfolgt sein, welches angeblich nach der Geburt zwar gelebt hatte, bald darauf aber gestorben war.

Zu Anfang des Jahres 1838 erhob nun Christian Völker, der Bruder des Verstorbenen, gegen die Wittwe eine Klage auf Herausgabe des ihm nach dortigem Particularrecht gebührenden Antheils von $^2/_3$ der Erbschaft seines Bruders unter dem Anführen, daß

1) das von der Beklagten geborene Kind entweder todt zur Welt gekommen oder doch schon bei der Geburt nicht lebensfähig gewesen sei;

2) das von ihr geborene Kind auch gar nicht von seinem Bruder hergerührt habe, sondern im Ehebruch gezeugt worden sei.

Der Beweis der ersten Behauptung wurde dem Kläger auferlegt, mit der zweiten wurde er angebrachter Maaßen abgewiesen. Er trat jedoch diesen Beweis gar nicht an, sondern verglich sich mit der Beklagten am 17. April 1839 dahin, daß er

„allen seinen Ansprüchen an den Nachlaß seines Bruders, aus wel-

„chem Grunde sie auch erhoben werden könnten und ins-
„besondere auch dem vorerwähnten Processe entsagte und der Beklag-
„ten den gesammten Nachlaß gegen ein Abfindungsquantum von 600
„Thalern überließ."

Diese Vergleichssumme wurde ihm auch an dem bemerkten Tage des Vergleichsabschlusses ausgezahlt. —

Späterhin entstand gegen die Wittwe V. der Verdacht, daß sie gar nicht schwanger gewesen und das gedachte Kind nicht von ihr geboren, sondern mit Hülfe der Hebamme unterschoben worden sei. Bei der hierauf eingeleiteten Untersuchung ergab sich nun auch und Beklagte gestand, daß sie am 3. Januar 1847 nicht von einem Kinde entbunden, sondern ihr ein solches nur von der Hebamme untergeschoben worden. —

Christian Völker verlangt hierauf die ihm gebührenden $^2/_3$ des Nachlasses von seiner Schwägerin mit Bezug auf das nun festgestellte Factum der Unterschiebung, wogegen die Wittwe sich auf den Vergleich beruft.

Kann der Kläger diesen anfechten?

CCLXXI. Der Maler Gottlob Meister war von Christiane Handwerk auf Dotation und Alimentation verklagt und im April 1833 verurtheilt worden,

„die Klägerin, dafern er selbige zu ehelichen nicht gesonnen, mit fünf-
„zehn Thalern auszustatten, auch selbiger zum Unterhalte des mit ihr
„erzeugten Kindes von der Zeit dessen am 19. November 1831 erfolg-
„ten Geburt an bis zum erfüllten 14. Lebensjahre einen jährlichen
„Beitrag an fünfzehn Thalern, monatlich mit einem Thaler 6 Gr.,
„im Voraus zu entrichten und die auf 5 Thaler 14 Gr. festgestellten
„Geburts- und Taufkosten zu erstatten."

Nachdem dieses Erkenntniß in Rechtskraft übergegangen war, verglich sich Meister mit dem Vater der inzwischen an Th. verehelichten H., Johann Handwerk, welcher das Kind zur Erziehung zu sich genommen hatte, sowie mit Christoph Willing, dem Altersvormunde des Kindes, im Jahre 1834 dahin, daß er statt der jährlichen Beiträge Alles in Allem 105 Thlr. für die Alimentation des Kindes geben wolle und zwar in 3 halbjährigen Raten von 35 Thalern. Diesen Vergleich genehmigte auch die Mutter des Kindes unter der Bedingung, daß die zu Michaelis 1843 fällige Vergleichsrate ihr, nicht ihrem Vater, ausgezahlt werde.

Am letztgenannten Termine bot ihr nun M. die 35 Thlr. an unter der Bedingung, daß sie allen Ansprüchen auf ihn entsage. Als sie unter dieser Bedingung nicht annehmen wollte, indem sie sich ihren Anspruch auf die Dotation sowie auf Geburts- und Taufkosten vorbehalten müsse, so deponirte M. die 35 Thaler bei Gericht.

Im J. 1845 überreichte nun die Tochter ein Gesuch um Execution des rechtskräftigen Erkenntnisses v. J. 1833, soweit es die Alimentation betraf, da im Uebrigen M. demselben Genüge gethan. Zur Abwendung der ihm angedrohten Hülfsvollstreckung zeigte darauf der Beklagte bei Gericht schriftlich an, daß er sich im J. 1834 mit dem Vater der Kläge-

rin verglichen habe, welcher Vergleich von dieser ratihabirt worden sei. Auch sei die Voraussetzung des Erkenntnisses gewesen, daß Klägerin selbst alimentiren würde. Dies habe sie aber nicht gethan, sondern ihr Vater habe den Unterhalt des Kindes bestritten und von seiner Tochter nur einen jährlichen Beitrag von 6 Thlrn erhalten.

Dawider machte die Klägerin geltend,

1) der im Jahre 1834 abgeschlossene Vergleich sei unwirksam, theils weil die Bedingung ihrer Genehmigung nicht eingetreten, theils weil es ein Vergleich contra rem judicatam gewesen sei;

2) daß sie die Erziehung nicht selbst besorgt, sei für ihr Verhältniß zum Beklagten, als res inter alios acta, gleichgültig. Es greife hier der Grundsatz Platz: quod quis per alium fecit, id ipse fecisse putatur. Selbst wenn man annehmen wolle, daß ihr Vater ihr die Erziehungskosten geschenkt habe,

l. 34 D. de neg. gest. (3, 5.)

so würde sie doch den Ersatzanspruch gegen den Beklagten unverkümmert haben nach Analogie von

l. 10 §. 13 D. mand. (17, 1.) Ulp.:

Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si *fidejussorem remunerari* voluit creditor, habere eum mandati actionem.

l. 12 §. 1. eod.

Marcellus autem fatetur, si qui *donaturus fidejussori* pro eo solverit creditori, habere fidejussorem mandati actionem.

CCLXXIa. X. verstarb mit Hinterlassung zweier Söhne A. und B., die sich sofort in den Besitz seines Nachlasses setzten, und zweier Töchter, C. und D., von denen letztere blödsinnig unter Curatel steht. Ueber die Rechtsbeständigkeit des von X. nachgelassenen Testaments, in welchem die beiden Söhne vor den Töchtern bedeutend bevorzugt waren, sowie über angebliche conferenda der Tochter C. entstand ein Proceß, in dem die Töchter, (resp. der Curator der D.) mit der hered. pet. Herausgabe von $^1/_4$ des väterlichen Nachlasses verlangten. In einem auf den 18. Febr. 1846 zum Versuche der Güte anberaumten Termine kam es zu folgender ad protocollum genommenen Vereinbarung:

1) Die Brüder A. und B. übernehmen den gesammten Mobiliar- und Immobiliarnachlaß ihres Vaters mit allen Activen und Passiven.

2) Alle unter den Geschwistern anhängig gewesenen Erbschaftsstreitigkeiten sind von jetzt an beigelegt und die Brüder tragen die dadurch bereits veranlaßten Kosten.

3) Dieselben verpflichten sich, alle diejenigen Verbindlichkeiten gegen ihre Mutter zu erfüllen, welche ihr verstorbener Vater bei seiner Verehelichung mit derselben in dem abgeschlossenen Ehevertrage übernommen hat.

4) Sie zahlen an die Schwester C. 1800 Thlr., an die Schwester D. aber 2500 Thlr. und zwar diese Gelder binnen 3 Monaten ad mensam judicii aus.

5) Damit erklären sich, nach geschehenem Empfange, die Schwestern für vollständig in Betreff des väterlichen Nachlasses befriedigt, die Brüder werden denselben ohne gerichtliche Concurrenz unter sich theilen.

Als aber die Obercuratel sich weigerte, die erforderliche vom Curator der D. erbetene Genehmigung zu dieser ihrer Ansicht nach die Curandin verkürzenden Vereinbarung zu ertheilen, klagte die Schwester C. auf Auszahlung der ihr dem Vergleiche nach versprochenen Summe nebst Verzugszinsen zu 5%, vom 18. Mai 1846 an gerechnet, worauf Beklage einwandten:

Wenn sie zwar den Inhalt des angegebenen Vergleichs nicht in Abrede stellen wollen, so können sie doch der Klägerin keine Rechte daraus zugestehen. Denn derselbe könne, weil ihre Mutter zu dem Vergleiche ihre Zustimmung nicht ertheilt, und wegen Mangels der Genehmigung abseiten der Obercuratel für nicht rechtsbeständig gelten. Insonderheit liege auf der Hand, daß Beklagte an die fragliche Vereinbarung deshalb nicht gebunden sein können, weil, wenn Curandin wirklich verkürzt wäre, jedenfalls auch die Verpflichtungen der Beklagten gegen die Klägerin sich vermindern würden. Ferner stehe der Vereinbarung der Umstand entgegen, daß der Nachlaßwerth sich weit niedriger herausgestellt habe, als von den Beklagten im Termine den 18. Febr. 1846 angenommen sei. Nach dem wirklichen Bestande des von weiland X. nachgelassenen Vermögens erscheinen Beklagte durch den Vertrag enermitor verletzt, und können deshalb nicht verurtheilt werden, denselben zu erfüllen.

Replik: die Einrede der mangelnden Genehmigung der Obercuratel, sowie der Zustimmung abseiten der von X. nachgelassenen Wittwe sei nicht zu beachten. Selbst wenn die Vertragsbestimmungen in Bezug auf die Mutter und Schwester der Klägerin ganz ungültig sein sollten, so haben sie doch in Bezug auf die Klägerin nach dem Satze „res inter alios actae tertiis nec nocent nec prosunt“ nichts destoweniger Bestand. Die Klägerin habe blos von ihr beanspruchte Rechte zu Gunsten der Beklagten aufgegeben, mit einer bestimmten Summe habe sie sich gegen Verzicht auf eine Erbschaftsquote zufrieden erklärt, Beklagte, hierauf hineingehend, können jetzt sich nicht damit ausreden wollen, daß sie zeitig sich über den Geldwerth dieser Quote zu unterrichten unterlassen haben. Uebrigens finde die Einrede der laesio enormis bei Vergleichen überhaupt gar nicht Statt.

In der Duplik haben Beklagte sich darauf beschränkt, zu erklären: der Satz „res inter alios gesta“ etc. passe im vorliegenden Falle durchaus nicht, „weil ein gemeinschaftlicher Vertrag vorliege, rücksichtlich dessen die beiden Schwestern solidarisch resp. eine für die andern ihren Brüdern wegen Ueberlassung des gesammten väterlichen Nachlasses verpflichtet seien“, und Klägerin bezüglich der fraglichen Einrede umsoweniger für eine dritte Person gelten könne, als ja die Beklagten nur gegen Ueberlassung des gesammten Nachlasses, also einschließlich des der Schwester D. davon zuständigen Antheils zur Zahlung verbunden erscheinen, Klägerin also auch dem Beklagten für Ueberlassung des ihrer Schwester an dem Nachlasse zustehenden Antheils vertragsmäßig zugleich mit verhaftet

sei und vor Abtretung des letzteren auf keinen Fall ein Klagrecht gegen ihre Brüder habe. Der Fall liege hier nicht so, als ob jede der Schwestern einen bestimmten Theil des Ganzen zu leisten habe, sondern den Beklagten sei eine universitas überwiesen, an welcher keine der Schwestern bestimmte Theile zustanden, vielmehr müsse das Ganze abgetreten sein, wenn der Vertrag rücksichtlich der einen oder andern Schwester als erfüllt angesehen werden solle. Dieses sei den Umständen nach nicht möglich, oder doch noch nicht eingetreten, und jedenfalls stehe der Klage deshalb die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen.

Das Urtheil des Gerichts lautete auf Condemnation der Beklagten. Ist anzunehmen, daß sie mit Erfolg dagegen appelliren können?

§. 296.

CCLXXII. Gottlieb Zabel zu N. hatte im J. 1845 eine Quantität Rauhkarden, welche er in einem, die Pfarrwohnung genannten, Commungebäude aufbewahrte, bei der Brandversicherungsbank zu Leipzig für 1500 Thlr. versichert. In der Nacht vom 3. zum 4. Februar 1846 brannte jenes Gebäude ab und Z. verlangte von der Bank Schädenvergütung. Nach vorläufig angestellten Erörterungen verweigerte die Bank nicht nur die Entschädigung, sondern beschuldigte ihn sogar des versuchten Betruges in Betreff der geforderten Höhe der Brandschädenvergütung. Die deshalb angestellte Untersuchung endigte sich mit der völligen Freisprechung des Z. Dessenungeachtet wies die Bankdirection das von Z. erneuerte Gesuch um die Brandentschädigung zurück und stellte ihm anheim, in Gemäßheit der Bankstatuten, entweder Recurs an die Generalversammlung oder Provocation auf ein Schiedsgericht zu ergreifen.

Z. wählte das Letztre und es wurde unter Beachtung der in den Bankstatuten diesfalls enthaltenen Bestimmungen ein Schiedsgericht bestellt. Dieses ertheilte am 20. Nov. 1847 nach wiederholten Termins-Verhandlungen einen Spruch, in welchem es

„zunächst dem Z. einen Eid zur Bestärkung seines Verlustes und dem Bankdirector Schade einen den Werth der geretteteu Karden betreffenden Eid auflegte und für den Fall sowohl, wenn beide Eide oder nur der dem Kläger auferlegte geleistet oder wenn beide nicht geschworen würdeu, die Folge bestimmte und zwar

a) wenn beide Eide geleistet würden, dahin, daß die Bank dem Z. 1297 Thlr.,

b) wenn nur vom Kläger, nicht vom Bankdirector S. geschworen würden — 1371 Thlr. nebst 5 Proc. Zinsen seit dem 11. Mai 1846 zu bezahlen habe — nebst den Kosten dieses schiedsgerichtlichen Verfahrens;

c) wenn Kläger den ihm auferlegten Eid nicht schwören würde, so solle S. mit der Leistung des ihm nachgelassenen Eides verschont werden, dagegen Z. seiner Ansprüche an die Bank verlustig werden und zu alleiniger Tragung der Kosten verbunden sein."

Wegen Abnahme dieser Eide compromittirten die Bank und Z. auf

die Gerichtsbehörde zu R.; es kam jedoch nicht zur Eidesleistung, weil der im Schwörungstermine erschienene Bankdirector Schade gegen die Abnahme des dem Z. zuerkannten Eides, wozu sich dieser bereit erklärt hatte, protestirte und das Gericht dem zu Folge Bedenken trug, den Eid abzunehmen.

Nunmehr erhob Z. Klage gegen die Bank vor dem Stadtgerichte zu Leipzig, erbot sich darin nochmals zur Eidesleistung und bat um Verurtheilung des Beklagten, den Schiedsspruch gegen Leistung des ihm darin auferlegten Eides in allen Punkten zu erfüllen. —

Dieser Klage wurde von der Bank entgegengesetzt:

1) die Function der Schiedsrichter sei noch keineswegs beendet, da bis jetzt nur auf die Leistung von Eiden, nicht aber schon definitiv erkannt sei. Kläger habe aber nicht einmal anführen können, daß die auferlegten Eide bereits geleistet worden. Aber auch nach Leistung der Eide könnten möglicherweise noch Differenzen unter den Parteien entstehen, besonders wenn nur die eine oder andere Thatsache beschworen würde.

So lange nun die Thätigkeit des Schiedsgerichts noch nicht beendet, dürfe das ordentliche Gericht sich in keiner Weise an der Entscheidung betheiligen, die Entscheidung stehe ausschließlich dem Schiedsgerichte zu. Das Gericht könne nur angegangen werden, um die Schiedsrichter zur Ertheilung eines Spruchs anzuhalten.

l. 19 §. 1 D. de recept. qui arbitr. (4, 8):

Nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a Praetore cogendus.

2) Ueberdies sei der Schiedsspruch null und nichtig eines Theils, weil das Schiedsgericht nur über die Frage competent gewesen: ob überhaupt dem Kläger ein Entschädigungsanspruch zustehe, nicht auch über die Höhe desselben, andern Theils weil die Feststellung des Quantums im Widerspruche stehe mit dem Ergebniß der Untersuchungsacten, nach welchen der Verlust des Klägers sich höchstens auf 823 Thlr. berechnen lasse.

---

§. 297.

S. unten zu §. 403—406.

§. 298.

CCLXXIII. Der Fabrikant Baumann hatte von dem Techniker Kachel eine von ihm neu erfundene Maschine zur Anfertigung von Nägeln, entsprechend einer erhaltenen Probe und in bestimmter Menge, für den Preis von 900 Thalern gekauft und es war dabei verabredet, daß B. zur Bezahlung erst dann verbunden sein solle, wenn die Maschine wirklich Nägel nach der übergebenen Probe und in der versprochenen Menge liefern werde. An dem festgesetzten Lieferungstage des Morgens erschien Kachel im Locale Baumann's und beschäftigte sich daselbst den ganzen Tag mit dem Aufstellen der Maschine. Am andern Morgen kam K. wieder, um die Maschine vollends zu reguliren. Er fand jedoch nun den Fabri-

kanten B. vor, der am Tage vorher verreist gewesen war. Dieser erklärte dem K., jetzt könne er die Maschine nicht mehr brauchen, K. möge sie nur wieder wegnehmen. Kachel entfernte sich hierauf stillschweigend, ließ am nächstfolgenden Tage die Maschine aus B's Locale abholen, reichte aber einige Tage später eine Klage gegen B. auf Bezahlung der 900 Thlr. ein mit Bezug auf den mit dem Beklagten geschlossenen Vertrag. —

Der Beklagte schützte vor, der vom Kläger geltend gemachte Vertrag und die daraus für den Beklagten entstandene Verbindlichkeit sei erloschen

1) durch beiderseitige Einwilligung in die Auflösung des Contracts; ein solcher nämlich liege in der Aufforderung zur Wegnahme der Maschine von Seiten des Beklagten und in der demzufolge geschehenen Wegnahme von Seiten des Klägers.

2) Kläger habe schon während der Aufstellung einen Versuch gemacht, mit der Maschine Nägel zu verfertigen, es sei diese Probe aber nicht geglückt; mithin entspreche die Maschine gar nicht den Bedingungen des Contracts.

Sind diese Einreden stichhaltig?

Kläger seinerseits behauptet, nach jener Aufforderung des Beklagten sogleich zu R., der sich für B. verbürgt hatte, gegangen zu sein und nach vorgetragener Sache den Beklagten ebendahin geholt zu haben. Daselbst habe dieser zwar auf's Neue erklärt, daß er die Maschine nicht wolle; R. habe ihm aber, dem Kläger, in Gegenwart von B. den Rath gegeben, die Maschine von B. wegzunehmen und sie in einem geeigneten Locale aufzustellen; er wolle sie sich dann ansehen und falls sie sich gut ausweise, werde sich die Sache schon finden. Kläger habe danach gehandelt; R. sei jedoch nicht gekommen.

Bedarf es für des Klägers Anspruch des Beweises auch dieser Behauptung?

---

§. 300.

S. unten zu §. 403—406.

§. 302.

CCLXXIV. Der Kaufmann Schmidt in Altona verkaufte an Peter Schilling in Hamburg „ein Faß Leinöl" mit der Bedingung, dasselbe frei vor des Käufers Haus in Hamburg zu liefern. Hierauf schickte Schmidt ein Faß mit der bezeichneten Waare nach Hamburg; hier wurde es vor dem Hause des Käufers abgeladen, stürzte aber beim Abladen vom Wagen herab und zerbrach, so daß der größte Theil des Inhalts verloren ging. Dies ereignete sich, ohne daß vorher von Seiten des Käufers irgend eine Erklärung, das von Schmidt geschickte Faß genehmigen zu wollen, Statt gehabt hatte. Es war dem Käufer nicht einmal eine genaue Mittheilung mit Bezeichnung des übersandten Fasses vom Verkäufer zugegangen.

Auf Bitten des Fuhrmanns und unter Protest nahm Schilling das zerbrochene Faß in sein Haus. —

Schmidt klagt nun gegen Schilling auf den Kaufpreis, indem er sich auf den Satz beruft, daß mit Abschluß des Verkaufs die Gefahr auf den Käufer übergehe. Ueberdies habe Beklagter das Faß mit dem geretteten Ueberrest des Inhalts in sein Haus aufgenommen.

Der Beklagte entgegnet, erst mit Uebergabe der Waare an den Käufer gehe auf diesen das periculum über.

Vgl. l. 22 D. de peric. (18, 6) Paulus:

Lectos emtos Aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: *Si traditi essent emtori aut per eum stetisset, quominus traderentur*, emtoris periculum esse placet.

Was sodann die Aufnahme des Fasses in sein Haus betreffe, so sei dies auf Bitten des Fuhrmanns und unter Protest — jedenfalls ganz im Interesse des Verkäufers — geschehen.

Wer hat Recht?

Wie stünde die Sache, wenn das Faß beim Abschluß des Verkaufs bestimmt (z. B. nach einer Nummer) bezeichnet gewesen und mit Bezug darauf gekauft worden wäre?

Welchen Einfluß würde es haben, wenn den Leuten des Beklagten die Schuld des Herabfallens beizumessen wäre?

Wie wäre dann die Beweislast festzustellen?

CCLXXV. Schwarz und Felsberg schlossen folgenden Vertrag ab: „Schwarz überläßt seinen neuen Reisewagen an F., wofür dieser an Schwarz 200 Thaler und zwei (im Vertrag näher bezeichnete) Reitpferde übergibt."

Am Tage nach Abschluß dieses Vertrags — noch ehe er von der einen oder von der andern Seite hatte erfüllt werden können, — ging bei einem im Hause des S. zufällig entstandenen Brande der fragliche Wagen zu Grunde.

Kurz darauf verlangt Schwarz von Felsberg Erfüllung des Vertrags. F. weigert sich derselben, so lange Schwarz nicht erfüllt habe, worauf dieser entgegnet, er seinerseits sei von der Verpflichtung durch die Unmöglichkeit ihrer Erfüllung befreit. Die Verbindlichkeit zur Gegenleistung bleibe dessenungeachtet in voller Kraft bestehen.

Felsberg meint jedoch, da hier ein Tausch vorliege, so müßten andere Grundsätze, als beim Kaufe, eintreten:

l. ult. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4):

Celsus: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est? An nulla hic alia obligatio est, quam ob rem data re non secuta? In quod proclivior sum et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse servum, sed te tamen eum tradidisse, repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris; et rursus si tuus est Stichus et pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quominus a te pecuniam repetere possim.

Felsberg hat die Reitpferde inzwischen an Herrn v. Türk verkauft.
Kann Schwarz klagen?
Gegen wen?
Worauf? —

CCLXXVI. Der Opernsänger A. K., der bei dem Stadttheater zu L. als erster Baritonist im Engagement stand, wandte sich brieflich im Februar 1843 an die Generaldirection der Kapelle und des Hoftheaters zu D. mit dem Gesuche um Bewilligung eines Gastspiels bei dem erwähnten Hoftheater für Ende Mai und Anfang Juni 1843, nachdem er vorher schon wegen eines Engagements bei demselben unterhandelt hatte. Er erhielt darauf einen Brief folgenden Inhalts:

„Auf Ihre Anfrage vom 25. Februar entscheide ich mich sehr gern, „Ihnen Ende Mai vier Gastrollen an hiesiger Königlichen Bühne zu be„willigen, wofür ich Ihnen 40 Thlr. per Rolle, wovon jedoch 5 Proc. „für den bestehenden Pensionsfonds in Abzug kommen, offerire und in „Bezug auf Ihr eingesendetes Repertoir vorläufig die Rolle des Czaar „in der Oper „Czaar und Zimmermann", die Rolle des Caspar im „Frei„schütz", des Tristan in der „Jessonda" und des Gaveston in der „weißen „Dame" bestimme. Doch stelle ich Ihnen die Bedingung, daß Sie nach „Ablauf Ihrer contractlichen Verbindlichkeiten in L. — also Ende Mai „künftigen Jahres — hier in Engagement treten, wenn, wie ich hoffe, „Ihre Leistungen zu meiner Zufriedenheit ausfallen und Sie mich vor„läufig mit Ihren Gehaltsfordernngen bekannt machen, damit ich im Voraus „beurtheilen kann, ob wir uns darüber einigen können." —

K. stellte darauf die Forderung von 2500 Thlrn. als Gehalt, welche in einem zweiten Briefe die Direction nicht geradezu zurückwies, jedoch dabei die Hoffnung aussprach, die geforderte Summe in Etwas noch moderiren zu können. —

Zu dem bewilligten Gastspiele erklärte sich K. auch besonders noch bei einem persönlichen Besuche bei dem Generaldirector in D. bereit und bei dieser Gelegenheit bestätigte auch der Letztere alle früheren Zusicherungen; es wurde dabei nur die Aenderung getroffen, daß K. statt in der Rolle des Gaveston in der des „Jägers" im „Nachtlager" auftreten solle.

Als darauf hin K. bereits Urlaub genommen und eben im Begriffe stand, die Vorbereitungen zum Gastspiel und zur Abreise nach Dresden zu treffen, erhielt er am 11. Mai unerwartet einen Brief, worin der Generaldirector ihm die bedungenen Gastrollen für die festgesetzte Zeit abschrieb mit dem Bemerken, da er wegen des beabsichtigten Engagements bei dem Gastspiele persönlich zugegen zu sein wünsche, demnächst aber eine Reise nach Paris antrete und vor Ende Juli nicht zurückkomme, so wünsche er, daß das Gastspiel erst nach seiner Rückkunft stattfinde, weil es außerdem ganz zwecklos sein würde; er werde daher später im August bei K. anfragen, zu welcher Zeit er von L. für ein Gastspiel abkommen könne. K. erbat sich darauf am 25. Juli, nachdem der Director zurückgekehrt, Nachricht, ob das Gastspiel in den ersten Tagen des Septembers

stattfinden könne, erhielt jedoch keine und auf wiederholte Anfrage eine unbestimmte, ausweichende Antwort.

Er erhob daher am 10. Sept. Klage gegen die Generaldirection auf Zahlung des ausbedungenen Gastspiel-Honorars. Das Gastspiel könne er zwar nun nicht mehr leisten, da es mit seinen jetzigen Engagementsverhältnissen sich nicht vertrage; allein daß er es nicht früher habe thun können, sei lediglich Schuld der beklagten Direction. — Er beruft sich auf

l. 38 pr. D. loc. cond. (19, 2):

Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

CCLXXVII. Der Dr. A. in L. erhielt von seinem Bruder, der vor längerer Zeit nach Amerika ausgewandert war, einen Brief, worin derselbe ihm meldete, er habe sich nach und nach so viel gesammelt, daß er reichlich zu leben habe und gedenke nunmehr, sein Leben in seiner Vaterstadt L. zu beschließen. Bis er seine Geschäfte so geordnet habe, um seinen Plan ausführen zu können, werde mindestens noch ein halbes Jahr hingehen; innerhalb dieser Zeit möge A. sich bemühen, ein hübsches, geräumiges Wohnhaus, wo möglich dasjenige, worin sie beide ihre Kindheit zugebracht, zu kaufen. Auf den Preis solle er nicht zu ängstlich sehen.

Zufällig war gerade das Haus, welches früher A's Eltern bewohnt hatten und das dann in den Besitz des Buchhändlers S. gekommen, zum Verkaufe ausgeboten, weil der Letztere sein Geschäft in einen andern Theil der Stadt verlegen wollte. A., der mit S. wegen mehrerer von ihm verfaßter Werke in Geschäftsverkehr stand, ward bald mit demselben über die Kaufbedingungen einig und es wurde darauf ein schriftlicher Kaufcontract sowohl von S. als von A. unterzeichnet und gerichtlich confirmirt. Darin war u. A. bestimmt, die Uebergabe solle erst nach einem halben Jahre erfolgen: bis dahin solle S. noch den Gebrauch des Hauses behalten.

Ein Vierteljahr später brach in L. eine Feuersbrunst aus, wobei auch das Haus abbrannte und damit zugleich das Manuscript zweier von A. dem S. in Verlag gegebenen Bücher, nämlich eines „Deutschen Lesebuchs für Schulen" und einer Sammlung von A. verfaßter Gedichte.

Es erhebt sich nunmehr Streit

A) hinsichtlich des Hauses. S. verlangt den Kaufpreis; A. weigert sich dessen, weil

1) nicht er, sondern sein Bruder der eigentliche Käufer gewesen sei; er habe nämlich dem S. vor Abschluß des Kaufs von dem Briefe seines Bruders und dem Zwecke des Kaufs erzählt;

2) wenn er selbst durch den Kauf verpflichtet worden, so sei dieß doch unter der Voraussetzung geschehen, daß sein Bruder wirklich in seine Vaterstadt zurückkehre. Nun sei aber kürzlich die Nachricht von dem Tode des Bruders eingetroffen.

3) Ueberhaupt könne in vorliegendem Falle der Satz, daß der Käufer die Gefahr trage, keine Anwendung finden; jener Satz gelte nämlich nur für den Fall, wenn der Käufer schon damals die Tradition der Sache habe verlangen können, es ihm also möglich gewesen sei, die Sache in seinen eignen Gewahrsam zu bringen und selbst deren custodia zu übernehmen. In dieser Lage habe sich aber Beklagter nicht befunden, weil dem Verkäufer der Gebrauch des Hauses auf ein halbes Jahr vorbehalten worden. Daß die angeführte ratio wirklich jenem Satze zu Grunde liege, gehe hervor aus

l. 12 D. de peric. et comm. etc. (18, 6) Paulus:

Lectos emtos Aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: Si *traditi essent* emtori *aut per eum stetisset*, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet;

l. 14 eod.:

Quod si *neque traditi* essent, *neque emtor in mora* fuisset, quominus traderentur, *venditoris periculum erit*.

Außerdem spreche dafür die Bestimmung des periculum bei bedingten Verträgen

l. 8 pr. D. eod. (verb. sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit).

Der Grund dieser Bestimmung sei lediglich in der aufschiebenden Kraft der Bedingung zu suchen, was um so deutlicher hervortrete, als die rückwirkende Kraft der Bedingung gerade zu der entgegengesetzten Entscheidung führen würde.

4) Jedenfalls, meint A., müsse ihm, wenn er den Kaufpreis zahlen müsse, die Versicherungssumme, welche S. zu fordern habe, zugesprochen werden.

B) In Betreff des Manuscripts sind A. und S. in Streit, weil der Letztere verlangt, A. solle dasselbe von Neuem druckfertig liefern. A. ist dazu zwar erbötig, verlangt jedoch doppeltes Honorar, worauf S. nicht eingehen will.

S. meint, A. müsse doch noch das Concept zu dem Druckmanuscripte haben, und wenn dies nicht der Fall, so sei A. in culpa, wenn ihm die nochmalige Lieferung dieselbe Mühe mache. Nöthigenfalls wolle er auf den Verlag der Bücher ganz verzichten. A. könne ihn alsdann auf das Honorar deßhalb nicht belangen, weil dem Contract zufolge dasselbe erst mit Beendigung des Drucks gezahlt werden solle.

S. a. u. zu §. 360—364 und für Note d, zu §. 388.

Zweites Capitel. Die einzelnen Obligationen.

§. 304—306.

CCLXXVIII. In einer von Joseph Himmel gegen seinen Schwiegersohn Rudolph Schilling angestellten Klage forderte der Erstere Zurückzahlung von 799 Thalern, welche Schilling

„im Jahre 1842 auf sein Bitten nach und nach von dem Kläger ge-„borgt erhalten habe und zwar mit 32 Thalern am Tage nach „Pfingsten, 292 Thalern Anfangs Juli und 475 Thalern Anfangs „August gedachten Jahres."

Der Beklagte stellte den Grund der Klage in Abrede und gestand nur so viel zu, daß er im Jahre 1842 resp. zu Pfingsten und im Monat Juli, auf sein Ansuchen, 32 Thaler und 300 Thaler „als Unterstützung" von dem Kläger, seinem Schwiegervater, erhalten habe.

Nach abgesetztem Verfahren wird dem Kläger auferlegt, die Darlehnsqualität der von ihm an den Beklagten gezahlten Summen zu beweisen.

Der Kläger findet sich durch diesen Bescheid beschwert, weil ihm selbst insoweit, als die Zahlung zugestanden sei, ein Beweis auferlegt sei. Hinsichtlich dieses Betrags von 332 Thalern hätte seiner Meinung nach der Beklagte sofort verurtheilt werden müssen mit Rücksicht auf

l. 32 D. de reb. cred. (12, 1) Celsus:

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse; an mihi obligaris? Subsisto; si quidem *nullum negotium mecum contraxisti*. Sed propius est, ut *obligari te* existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest) sed quia *pecunia mea*, quae *ad te pervenit*, *eam* mihi *a te reddi* bonum et aequum est.

Ist dem Kläger zu rathen, daß er ein Rechtsmittel einwende? —

CCLXXIX. Der Herr von X. entlieh im Jahre 1820 von seinem Schwager, dem Diaconus K., ein Kapital von 2000 Thlrn. und stellte darüber eine Schuldverschreibung aus, worin er das Capital zu jährlichen Raten von 200 Thlrn. vom 1. Januar 1821 an zurückzuzahlen versprach und wörtlich Folgendes hinzufügte:

„Zugleich bemerke ich ausdrücklich, wie ich dieses Kapital, mit Zustim-„mung und Genehmigung meines Gläubigers, nur unter der Bedin-„gung als Darlehn angenommen habe, daß eine Kündigung des Ca-„pitals unter keinerlei Umständen, weder von dem einen, noch von dem „andern Theile statt finden kann und selbst bei eintretenden Todesfällen „durchaus nicht zulässig ist, indem durch die alljährlich zu zahlende Ab-„schlagssumme von 200 Thlrn. die Abtragung des Capitals allmählig „bewirkt wird. Da dieses Capital zu keinem andern Zwecke, als zu „dem Wiederaufbau meines in Z. belegenen Hauses verwendet worden

„ist, so verpfände ich auch meinem Gläubiger zu seiner Sicherheit we-
„gen des Capitals und der Zinsen das oben genannte Grundstück sammt
„Inventarium, jedoch mit ausdrücklicher Ausnahme meines Mobiliar- und
„anderweitigen Vermögens, auch sonstigen Einkommens und zwar sol-
„chergestalt, daß der Gläubiger, im Fall ich die Abschlagssumme von
„200 Thlrn. zur successiven Zurückzahlung des Kapitals und die Zinsen
„nicht alljährlich prompt und richtig zahlen sollte, sich alsdann an das
„oben gedachte Grundstück nur rein zu halten hat."

Diese Obligation sandte v. X. an den in P. wohnenden K. und erhielt von ihm über den Empfang einen Revers, worin zugleich erklärt war:

„Ich genehmige den Inhalt durch meine Namens-Unterschrift und bei-
„gedrucktes Siegel."

v. X. hatte nur eine Abschlagszahlung von 200 Thlrn. geleistet. Deshalb wurde er am 17. April 1824 von K's Erben auf sofortige Bezahlung des Capitalrückstands von 1800 Thlrn. nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1821 gerichtlich in Anspruch genommen.

Der Schuldner setzt der Klage entgegen

1) den Einwand der plus petitio temporis,

2) daß er, der Beklagte, nur mit dem Grundstücke in Z., nicht persönlich, hafte, daß also nur eine dingliche, keine persönliche Klage angestellt werden könne. —

CCLXXX. Im Jahre 1848 nahm Peter Grübel von Friedrich Heß ein Darlehn von 600 Thlrn. auf und der Letztere veranlaßte bei dieser Gelegenheit den Erstgenannten, einen auf 800 Thlr. lautenden Schuldschein zu unterschreiben, indem er ihm dabei bemerkte, das Document sei deßhalb auf 800 Thaler gestellt, weil er, Heß, für den Fall, daß zwischen Grübel und John ein Kauf über das Birkendorfer Gut zu Stande komme, ein Proxeneticum von 200 Thlrn. sich ausbedingen wolle. Grübel wollte zwar Anfangs nicht hierauf eingehen und weigerte sich, zu unterschreiben; da jedoch Heß ausdrücklich erklärte: „Nun, wir wissen ja, daß Du mir bloß 600 Thlr. schuldig bist; es stehen einmal 800 Thlr. darin, aber ich werde Dir nicht mehr abfordern, als Du erhalten hast," so ließ sich Grübel überreden und unterzeichnete die Urkunde.

Der Kauf zwischen G. und J. kam späterhin zwar zu Stande, allein beide Contrahenten gingen kurz darauf wieder von dem Vertrage ab und hoben ihn gänzlich auf.

Als im J. 1852 G. von H. auf Grund des erwähnten Schuldscheins die Zurückzahlung von 800 Thlrn. im Wege der Klage beansprucht, setzt der Beklagte die Behauptung entgegen, er habe nur 600 Thlr. als Darlehn erhalten, uud erzählt den oben dargestellten Hergang der Sache. Ueber die Wahrheit dieser Behauptung schiebt er dem Kläger den Eid zu.

Ist diese Vertheidigung des Beklagten zulässig?

CCLXXXI. A. hatte im J. 1836 ein Eisenhüttenwerk auf Actien errichtet, indem er 26 Actien — jede zu 1000 fl. — emanirte. Diese

Actien sollten auf 5 Jahre gelten und während dieser Zeit einen verhältnißmäßigen Antheil am Gewinne haben. Von dem Gewinne sollten aber 1000 fl. vorweg abgezogen werden für A's Mühe, welcher die Leitung des Geschäfts übernahm. Dreizehn solcher Actien hat B. an sich gebracht. Im J. 1843 klagt nun B. gegen A. folgendermaßen: „Im J. 1841 sei der Vertrag auf weitere 5 Jahre prolongirt worden. A. habe mit den Actionären immer gehörig abgerechnet. Im Jahre 1842 habe derselbe durch einen Commis ihm, dem Kläger, erklärt, daß er ihm aus Irrthum 2500 fl. zu viel habe ausbezahlen lassen, indem die 1000 fl. Salair nur von des Klägers Actien zu tragen seien. Er habe sich denn auch wirklich bereden lassen, einen Schuldschein zu unterzeichnen, worin er erklärt habe, aus Irrthum 2500 fl. zu viel erhalten zu haben mit dem Versprechen, diese Differenz sich künftig an seinen Gewinnraten abziehen zu lassen. Nun habe er aber bei genauer Vergleichung des Vertrags von 1836 gefunden, daß er durchaus Nichts zu viel erhalten und jenen Schuldschein irrthümlich ausgestellt habe. Er bitte deßhalb den Beklagten zur Rückgabe des gedachten Schuldscheins zu verurtheilen."

Der Beklagte behauptet, daß Kläger in der That 2500 fl. zu viel erhalten, läugnet aber jedenfalls, daß Kläger sich bei Unterschreibung jenes Schuldscheins in einem entschuldbaren Irrthume befunden habe. Daß jetzt Beweis auferlegt werden muß, ist natürlich; es fragt sich aber: 1) was ist zu beweisen? und 2) von wem?

CCLXXXII. Am 1. November 1837 war folgende gerichtliche Urkunde aufgenommen worden:

„Joh. Albers bekennt hiermit, heute von Ernst Bartels ein Darlehn von 2700 Thlrn. erhalten zu haben, und verspricht, dasselbe mit 3 Proc. zu verzinsen." —

Im Jahre 1843 klagt Bartels gegen Albers auf Zahlung von 486 Thalern rückständiger Zinsen für dieses Darlehn. A. opponirte dagegen die Einrede, daß ihm nur 1660 Thlr. am 1. Nov. 1837 ausgezahlt worden seien, daß er also nur diese zu verzinsen habe. Er wurde jedoch rechtskräftig verurtheilt, den ganzen eingeklagten Zinsenbetrag zu bezahlen, weil seine Einrede als exceptio non numeratae pecuniae jetzt nicht mehr zulässig sei.

Hierauf trat Albers mit einer Klage auf Auszahlung von 1040 Thlrn. gegen B. auf, indem er anführte:

Am 1. Nov. 1837 habe Bartels ihm 1660 Thlr. baar bezahlt und es übernommen, eine Schuld des A. an Z. im Betrage von 500 Thlrn. zu berichtigen, sowie zu einem etwaigen Baue, den A. damals vorhatte, 540 Thlr. zu leihen.

Nun aber habe Beklagter weder die 500 Thlr. an Z. bezahlt, noch die 540 Thlr., weil Kläger nicht gebaut habe. Jetzt wolle er diesen Bau unternehmen und verlange daher die Zahlung auch dieser Summe.

B. beruft sich auf das rechtskräftige Urtheil.

Wie ist zu entscheiden?

CCLXXXIII. Der Student Schmidt erkannte in einer Urkunde an, daß er der Vater eines von der B. außerehelich erzeugten Kindes sei, und hatte dabei zugleich dem Vater derselben als Aversionalquantum für Tauf-, Geburts-, Erziehungs- und etwaige Begräbnißkosten, sowie Ausstattung für seine Tochter die Summe von 500 Thlrn. in halbjährigen Raten von 50 Thalern versprochen, so daß bei Nichteinhaltung eines Termins sofort das Ganze sollte gefordert werden können. Beide Contrahenten hatten dieses Document gerichtlich recognoscirt und der Student insbesondere noch sich verbindlich gemacht, die 500 Thaler bis zur gänzlichen Tilgung mit 4 Proc. zu verzinsen.

Da Schmidt mit der ersten Terminzahlung schon in Rückstand blieb, so machte B. von der clausula cassatoria Gebrauch und klagte gegen seinen Schuldner, der inzwischen eine Anstellung erhalten hatte, auf die 500 Thlr. Der Beklagte schützt gegen diese Klage die exc. SC. Macedoniani vor, indem er sich hauptsächlich auf die Verabredung der Verzinsung beruft, wodurch die Schuld zur Darlehnsschuld gestempelt werde.

Entscheidung.

CCLXXXIV. Der Candidat Moritz bat seinen Freund Starke brieflich, er möge ihm die Summe von 100 Thlrn. so schnell als möglich zu verschaffen suchen; es handle sich um Befriedigung eines unabläßig mahnenden Gläubigers, der ihn bereits mit einer Klage bedroht habe; es würde ihm aber die höchsten Unannehmlichkeiten bereiten, schon allein, wenn sein Vater von der Sache erfahren sollte.

Starke zeigte diesen Brief seinem Freunde Unruh und einige Stunden darauf auch dem P. Am andern Tage erhielt er von U. mehrere kostbare Werke zugeschickt mit dem Bemerken, St. möge sie verkaufen und den Erlös daraus dem M. als Darlehn geben. Statt sie jedoch zu verkaufen, schickte St. dem M. die Bücher, indem er ihm den Hergang der Sache schrieb; er (M.) werde wohl bessere Gelegenheit zum Verkaufe haben. Einige Stunden darauf hatte S. auch von P., und zwar in baarem Gelde die Summe von 100 Thlrn. zugesandt erhalten. Da St. das Geld selbst sehr gut brauchen konnte, so behielt er die letztern 100 Thlr. für sich, um sie nach einigen Wochen dem P. wieder zurückzugeben.

M. erhielt die Sendung von St. richtig; allein in der Nacht darauf brach in seiner Wohnung Feuer aus und die Bücher verbrannten mit M's übrigen Effecten.

Nach einigen Jahren, nachdem M. eine gute Pfarrstelle erhalten, wird er von U. auf Rückzahlung von 80 Thlrn. mit Zinsen belangt. Der exc. SC. Mac. setzt der Kläger entgegen, daß M., als er schon eine Pfarrstelle gehabt, 20 Thlr. auf die Schuld bezahlt habe.

l. 7 §. 16 D. ad SC. Mac. (14, 6):

Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit SC. nec solutum repetere potest.

Auch P. verlangt seine 100 Thlr. zurück, da St. ihm versichert, daß er sie an M. abgeliefert. —

Wie kann sich M. gegen U. und wie gegen E. vertheidigen?

CCLXXXV. Der Schneider Hammelmann in G. hatte mit dem Kaufmann Lesser in B. verabredet, daß der Letztre den jungen H. auf 3 Jahre als Commis in sein Geschäft nehme und ihm jährlich 120 Thlr. Gehalt nebst freier Wohnug und Kost gewähre.

Schon nach 2 Jahren verließ jedoch der junge H. das Geschäft des L. und trat unter besseren Bedingungen bei dem Handelshause W. ein.

Lesser klagt darauf gegen den Schneider H. als Vater und natürlichen Vormund seines Sohnes

1) auf Ersatz von 30 Thlrn. für Mehraufwand an Salair, wozu er durch den Contractbruch des jungen H. genöthigt worden, indem er statt des H. den X. für 150 Thaler jährlichen Gehalt habe annehmen müssen,

2) auf Rückzahlung von 180 Thlrn., welche des Beklagten Sohn aus der Geschäfts-Casse baar entnommen habe. Von dem Gesammtbetrage von 420 Thlrn. nämlich, welche H. überhaupt aus der Casse erhoben, bleibe nach Abzug des Honorars für 2 Jahre der obige Rest von 180 Thlrn.

Der Beklagte begegnet dem Anspruch

1) auf 30 Thlr. Entschädigung mit dem Bemerken, daß Kläger es sich selbst zuzuschreiben habe, daß sein Sohn aus seinem Hause gegangen. Er habe nämlich demselben eine ganz ungenießbare Kost verabreicht, und somit sei von Klägers Seite der Vertrag nicht in gehöriger Weise erfüllt worden. — Auch würde er gewiß einen andern Commis für 120 Thlr. bekommen haben, wenn er nicht verschrieen wäre wegen seines groben Benehmens gegen seine Leute.

2) der Forderung von 180 Thlrn. stellt H. die exc. SC. Macedoniani entgegen.

3) Ueberhaupt könne er aus Handlungen und Verpflichtungen seines Sohnes nicht belangt werden.

Hinsichtlich der exc. SC. Mac. entgegnet der Kläger, dieselbe beziehe sich nur auf verzinsliche Darlehen. Auch hafte der Beklagte wegen in rem versio. Hätte der junge H. das Geld nicht vom Kläger bekommen, so würde er seinen Vater darum angegangen haben. —

---

§. 307—312.

CCLXXXVI. Der von seiner Ehefrau geschiedene Müller kam der Verurtheilung zur Herausgabe des ehelichen Vermögens durch Cession einer Forderung an X. nach, bestehend in einer Kapitalforderung von 3000 Thalern nebst rückständigen Zinsen im Betrag von 300 Thalern. Auf die von den Erben der inzwischen verstorbenen Frau M. gegen X. erhobene Klage wird derselbe verurtheilt und zahlt demgemäß das Ganze

an die Kläger. Später findet er Quittungen, wodurch er beweisen kann, daß er die Zinsen schon früher an Müller selbst bezahlt gehabt.

X. will nun gegen Müller klagen. Hat er eine Klage gegen denselben auf Rückerstattung? Sein Anwalt denkt an die actio negotiorum gestorum, weil X. den Müller gegenüber den Erben seiner Frau liberirt habe, — oder an die actio de in rem versio. —

Findet eine condictio Statt? —

CCLXXXLVII. Der Kaufmann Zierenberg hatte dem Techniker Gustav Hofmann 1000 Thlr. unverzinslich auf ein Jahr vorgestreckt, um damit eine neue technische Anlage in's Werk zu setzen; er hatte dies hauptsächlich wegen seines Geschäftsverhältnisses zu der Schwester des Schuldners, der Fabrikbesitzerin Wittwe Gimm gethan und weil diese ihm erklärt, daß er unbedenklich ihrem Bruder 1000 Thaler zu 4 Proc. geben könne, sie wolle dafür stehen. Nach Ablauf eines Jahres besuchte Z. die Gimm, klagte ihr, daß er noch keine Bezahlung von G. H., der inzwischen nach Amerika gegangen, erhalten habe, und bat die G., für ihren Bruder zu bezahlen. Die G. erkannte ihre Verpflichtung dazu an, und da sie gerade 1000 Thaler an Z. zu fordern hatte, so wurde gegen einander aufgehoben. Wegen der von Z. geforderten 40 Thaler Zinsen gab die G. demselben eine goldne Kette, die von Sachverständigen auf 40 Thaler Goldwerth geschätzt wurde, womit Z. sich zufrieden erklärte.

Als die G. darauf ihrem Bruder von dem Vorgefallenen Nachricht gab, antwortete ihr dieser, von der für ihn gezahlten Summe wolle er ihr 500 Thaler ersetzen, das Uebrige aber solle sie von Z. zurückfordern, denn er habe demselben bereits vor einem halben Jahre die Hälfte des Kapitals zurückbezahlt, worüber er die Quittung beilegte, auch sei das Kapital als unverzinsliches gegeben worden.

In Folge davon erhebt die G. die condictio indebiti gegen Z. auf Rückgabe von 500 Thalern und der goldnen Kette. Z. gesteht zwar die Richtigkeit der Quittung sowie auch die Unverzinslichkeit des Kapitals zu, will aber

1) jene ersten 500 Thaler abrechnen auf 600 Thaler, welche ihm der jetzt in Concurs verfallene X. schulde, und wofür sich der Klägerin Bruder verbürgt.

2) Das Recht zur Rückforderung der Kette bestreitet er aus dem Grunde, weil Klägerin das Eigenthum daran nicht erweisen könne; sie habe sie nämlich, wie sie ihm selbst erzählt, vor Kurzem von einem hausirenden Juden gekauft; ob dieser auf rechtmäßige Weise in Besitz derselben gekommen, sei höchst zweifelhaft.

Ist die Klage begründet?

l. 15 §. 1 D. de cond. ind. (12, 6) Paulus:

Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competit, ut vel possessio eorum reddatur etc. (s. unten zu Nr. 291).

Wie verhält es sich mit der Beweislast?

CCLXXXVIII. Im Jahre 1845 klagte der Gutsbesitzer Trautmann gegen den Oeconom Lederer mit der Darlehnsklage auf Rückzahlung von 560 Thalern. Der Beklagte gestand zwar zu, die in der Klage genannte Summe vom Kläger erhalten zu haben, läugnete jedoch, daß er sie als Darlehn empfangen; sie seien ihm vielmehr abschläglich auf eine Forderung, die er an den Kläger habe, abgetragen worden. Da ihm über diesen Punkt, den Empfang der Summe als Darlehn, der Eid angetragen war, so wurde ihm derselbe durch rechtskräftiges Erkenntniß darüber, „daß er die eingeklagten 560 Thaler darlehnsweise nicht vorgestreckt erhalten habe," auferlegt. Er leistete diesen Eid und wurde demzufolge von der Klage entbunden.

Kurz darauf trat der Beklagte des eben erwähnten Processes, der Oeconom Lederer, als Kläger wider Trautmann auf und forderte von ihm 900 Thaler aus einem zweiseitigen Vertrage, den er, L., seinerseits vollständig erfüllt habe. Es habe sich nämlich der Beklagte T. verbindlich gemacht, dem Kläger für eine in dessen Neubau ihm auf Lebenszeit zu gewährende Herberge 900 Thlr. auszuzahlen. Ferner forderte er 150 Thlr., die T. versprochen zu Anschaffung von einem Paar Pferden für Lederer's Sohn geschenkweise beizutragen. Die Herberge sei in der von T. gewünschten Weise längst hergestellt und das Paar Pferde für Klägers Sohn angeschafft, allein Beklagter habe bis jetzt nur auf die erstere Schuld (von 900 Thlrn.) 500 Thlr., auf die letztere aber 60 Thlr. abschläglich bezahlt, sei mithin noch 440 Thlr. schuldig.

Der Beklagte läugnete die Existenz sowohl des Vertrags als des Versprechens der 150 Thlr., leistete auch den ihm über Beides angetragenen und durch Bescheid ihm zuerkannten Eid. —

Nunmehr stand so viel unter den Parteien fest, daß

1) Lederer von Trautmann 560 Thlr. erhalten,

2) daß er dieselben nicht als Darlehn erhalten habe —

3) daß Lederer diese Summe auch nicht in Folge der von ihm angeführten Verträge empfangen.

Hiervon ausgehend stellte Trautmann eine neue Klage gegen L. an, worin er besonders hervorhob, daß Lederer die geständigermaßen empfangenen 560 Thlr. weder zur Erfüllung eines Vertrags, noch als Geschenk erhalten habe, da er dieß ja nicht einmal für sich anzuführen vermocht, daß er mithin diese Summe ohne allen Rechtsgrund besitze.

Ist L. zu verurtheilen?

CCLXXXIX. Am 14. Januar 1843 löste der Kaufmann Rosenmüller auf dem Büreau der Sächsisch-Baierschen Eisenbahn zu Leipzig zwei Fahrbillets zur Fahrt von Leipzig nach Altenburg für sich und seine Frau, erlegte dafür zusammen 1 Thlr. 22 Ngr. und reiste darauf Nachmittags um 4 Uhr nach Altenburg ab. Auf der Station Kieritzsch wurden die Fahrbillets revidirt und da R. bei der dringenden Eile, mit der dies geschah, seine Billets nicht sofort auffinden konnte, so wurde er aufgefordert, das Fahrgeld für die ganze Tour noch einmal zu erlegen.

Um zu einem Verzuge keine Veranlassung zu geben und sich nicht unangenehmen Aeußerungen von Seiten des revidirenden Schaffners auszusetzen, fügte sich Rosenmüller diesem Anverlangen, indem er dabei erklärte, er behalte sich die Zurückforderung des Nachbezahlten vor, worauf der Schaffner Nichts äußerte. Noch während der Fahrt hatte sodann R. die in Leipzig gelösten Billets aufgefunden und producirte diese, in Altenburg angekommen, dem Oberschaffner mit dem Verlangen der Rückgewährung des Nachgezahlten. Er wurde jedoch von diesem an die Direction verwiesen, gegen welche er nun mit einer Klage auf Rückgabe von 1 Thlr. 22 Ngr. auftritt unter Anführung der erzählten Thatsachen. —

Ist dieselbe statthaft?

CCXC. S. hatte von dem Juden Levi ein Pferd für 70 Thaler gekauft mit der Verabredung, L. solle dasselbe noch zwei Monate im Futter behalten; dann wolle S. es abholen lassen.

Als S. darauf nach 2 Monaten kam, um das Pferd in Empfang zu nehmen, wollte L. es nicht anders, als gegen Vergütung von 10 Thalern Futtergeld herausgeben. Vergebens berief sich S. auf die getroffene Verabredung; da L. auf seinem Verlangen bestand, so zahlte S., der das Pferd gerade für den Augenblick nothwendig brauchte, das von L. geforderte Futtergeld. Einige Tage darauf aber klagt er gegen S. auf Rückgabe der indebite gezahlten 10 Thaler. L. opponirt ihm u. A. die exc. comp. aus einer Gegenforderung von 100 Thlrn., die er dem S. dargeliehen, worüber er eine von S. ausgestellte Empfangsbescheinigung producirt.

Die Verbindlichkeit dieser Bescheinigung bestreitet der Kläger namentlich aus dem Grunde, weil nach einem hier einschlagenden Landesgesetze alle Verträge zwischen Christen und Juden, sofern sie nicht gerichtlich protokollirt worden, für nichtig erklärt sind.

CCXCI. Zwischen dem B'schen Fiscus und der Stadt A. war ein Streit ausgebrochen über das Recht auf die Abgaben von einigen erst neuerer Zeit der Steuerpflicht unterworfenen Häusern. Nachdem dieser Streit zu Gunsten des genannten Stadtraths entschieden worden, klagt der Letztere mit der condictio sine causa gegen den Fiscus auf Herausgabe der inzwischen durch denselben für die Staatscasse von jenen Häusern erhobenen Abgaben.

Es wird jedoch vom Fiscus die Abweisung dieser Klage aus dem Grunde verlangt, weil zur Begründung der condictio gehöre, daß das Condicirte wirklich schon einmal zum Vermögen des Condicirenden gehört habe.

l. 55 D. de cond. indeb. (12, 6) Papin.:

Quod ergo dici solet, praedoni fructus posse condici, tunc locum habet, cum *domini fructus fuerunt.*

Diese Voraussetzung fehle hier, sei auch in der Klage nicht einmal behauptet.

Der Kläger beruft sich dagegen auf den Eingang der

l. 55 cit.:

Si urbana praedia locaverit praedo, quod mercedis nomine ceperit ab eo, qui solvit, non repetetur, sed domino erit obligatus. Idemque juris erit in vecturis navium, quas ipse locaverit aut exercuerit; item in mercedibus servorum, quorum operae per ipsum fuerint locatae. Nam si servus non locatus mercedem, ut domino, praedoni retulit, non fiet accipientis pecunia: quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non est liberatus solvendo.

sowie auf

l. 15 §. 1 D. eod. (Paulus):

Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur, quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei, tradidissem, condicerem. Sed etsi possessionem tuam fecissem, ita ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem.

l. 13 de mort. c. don. (39. 6) Julianus:

Si alienam rem mortis causa donavero, eaque usucapta fuerit; verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero. —

l. 6 D. de cond. ob turp. etc. (12, 5):

Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, ***quod ex injusta causa apud aliquem sit, condici posse.*** In qua sententia etiam Celsus est.

l. 3 Cod. de cond. ex lege etc. (IV, 9) Diocl. et Max.:

Mala fide possidens, de proprietate victus, de exstantibus fructibus rei vindicatione, de consumtis vero ***condictione*** conventus, eorum restitutioni parere compellitur. —

CCXCII. Berger war Gutspachter des Gutsbesitzers August von Ostern 1820 bis 1823. Das jährliche Pachtgeld bestand in 3000 fl., vierteljährig auf Johannis, Michaelis, Weihnachten, Ostern mit 750 fl. zahlbar. Diese zahlte Berger zu Michaelis 1822, sowie auch alle vorhergehenden Termine seit Johannis 1820 richtig eingehalten worden waren. Im November 1822 vor Eintritt des Weihnachtsquartals ersuchte A. den B. um eine Vorausbezahlung von 400 fl. B. leistete dieselbe und erhielt dagegen von A. folgendes Document ausgestellt:

„Von meinem Gutspächter allhier, Herrn Berger, habe ich heute 400 fl. „empfangen, worüber ich mich mit demselben berechnen und ihm dann „gegen Cassirung dieses eine andere Quittung geben werde."

„N. d. 16. Nov. 1822." „L. August."

Das Weihnachtsquartal 1822 erfüllte Berger nicht und August ließ es dabei bewenden.

Bei dem Abzug vom Gute, Ostern 1823, berechnete sich B. mit A. und Letzterer stellte dem Erstern folgende Generalquittung aus:

„Mein zeitheriger Gutspachter, Herr Berger, hat das in den Pacht-„jahren von Ostern 1820 bis dahin 1823 mir versprochene Pachtgeld, „quartaliter 750 fl., Summa summarum 9000 fl. contractlicher Weise „richtig bezahlt, auch alle Inventarienstücke gehörig gewährt und zurück-„gegeben."

„N. d. 15. April 1823." „L. August."

Im Juni 1827 trat Berger gegen A. mit folgender Klage hervor:

„Als Gutspachter des A. zu N. habe ich ihm am 16. Nov. 1822 die „Summe von 400 fl. vorgeschossen, wie sich aus der Quittung von „diesem Datum ergibt. Bei meinem, um Ostern 1823 erfolgten Ab-„zug von des Beklagten Gut sind jene 400 fl. aus Vergeßlichkeit nicht „in Liquidation gekommen, wohl aber habe ich nach Ausweis der bei-„liegenden Generalquittung d. d. 15. April 1823 alle Verbindlichkeiten „gegen denselben erfüllt. Ich bitte daher, zu erkennen, daß Beklagter „schuldig sei, mir die 400 fl. nebst Zinsen à 5 Procent seit dem „15. Nov. 1822 zu bezahlen."

Beigelegt waren die oben angeführten beiden von A. ausgestellten Scheine. —

CCXCIII. Hofrath M. übergab im Jahre 1824 dem Justizamte zu L. die Summe von 10000 Thalern in Staatspapieren zum gerichtlichen Depositum, indem er erklärte, daß dieser Betrag in zwei gleiche Hälften getheilt und somit der Fonds sein sollte für zwei Stiftungen zum Besten armer verwaister Kinder sowohl in der Stadt L. (für welche die eine Hälfte), als in der Stadt E. (für welche die andere Hälfte bestimmt war), welche Stiftungen nach seinem Tode in's Leben treten sollten.

Ueber das Wesen und die Einrichtung dieser Stiftungen bestimmte er nichts Näheres. Nach einigen Jahren jedoch erbat er sich die deponirten Staatspapiere aus dem gerichtlichen Depositum zurück, indem er erklärte, daß er die Zinsen der 10000 Thlr. zum Besten der Armen in L. und E. verwenden wolle. Nachdem ihm hierauf, ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde und ohne Zuziehung, ja selbst ohne Vorwissen der Stadtgemeinden zu L. und E. die 10000 Thaler von dem Justizamte zurückgestellt worden waren, so vertheilte er in der That bis an seinen Tod eine reichliche Summe an die Armen beider Städte. Inzwischen hatte ihm der Communvorstand zu L. vorgestellt, daß die Commun L. eines Armenhauses bedürfe und jetzt ein hierzu passendes Gebäude billig erwerben könne, jedoch zu Aufbringung der Kaufsumme unvermögend sei und er daher in Hinsicht auf seine beabsichtigte Stiftung der Commun die nöthigen Geldmittel gewähren möge. M. gab auf diese Bitte im

Jahre 1827 die Summe von 1000 Thalern her, für welche das nachmals zu einem Armenhause eingerichtete Gebäude gekauft wurde.

Bald darauf starb M., ohne sonst Etwas bezüglich seiner Stiftung gethan zu haben und seine Erbin, Julie S., zahlte 5000 Thaler als die eine Hälfte des Stiftungscapitals an die Commun E., sowie 4000 Thaler als andere Hälfte an die Commun L., indem sie dieser die erwähnten 1000 Thaler zurechnete. Diese Zurechnung wollte sich jedoch die Commun L. nicht gefallen lassen, indem sie die Gewährung jener 1000 Thaler als eine unabhängig von der fraglichen Stiftung bestehende Liberalität des M. betrachtet wissen wollte. Ein für die Stiftung bestellter Actor klagte darauf die 1000 Thaler von der S. ein und erlangte eine rechtskräftige Verurtheilung derselben, welcher die S. auch genügte.

Sofort erhebt jedoch nunmehr die S. im Jahre 1838 eine Klage gegen die Commun L. auf Rückzahlung der gedachten 1000 Thlr., welche ihr Erblasser i. J. 1827 für das Armenhaus gegeben, nebst Verzugszinsen von diesem Jahre an. Zur Begründung dieser Klage führte sie an, ihr Erblasser habe jene Summe in der Meinung gezahlt, er könne in dem Zwecke seiner Stiftung variiren, und in der Absicht, damit eine Abschlagszahlung auf das Stiftungscapital zu gewähren, und habe dieß auch der Commun L. gegenüber erklärt.

Der Anwalt der beklagten Commun L. setzt der Klage

1) die Berufung auf das rechtskräftige Urtheil entgegen;

2) die Bemerkung, ein Geschenk, wie jene 1000 Thaler für das Armenhaus, könne nicht als indebitum zurückgefordert werden, weil außerdem jedes Geschenk widerrufen werden könnte. Er bezieht sich zugleich auf

l. 3 §. 1 D. de pollicit. (50, 12) Ulp.:

Si quis, quam *ex pollicitatione tradiderat* rem municipibus, vindicare velit, repellendus est a petitione; aequissimum est enim, hujusmodi voluntates in civitates collatas poenitentia non revocari.

3) Wenn auch der Erblasser der Klägerin die 1000 Thaler, welche er zu dem Armenhaus hergab, von denjenigen 5000 Thalern genommen, welche er bereits zu einer Stiftung für vaterlose Waisen ausgezahlt, dann aber zurückgestellt bekommen hatte, so würde doch daraus nur ein Klagerecht der Stiftung gegen die Commun L. oder gegen die Klägerin, nicht aber ein Klagerecht der Letztern folgen.

l. 78 D. de solut. (46, 3) Javolenus:

Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt. Si mixti essent ita, ut discerni non possent, ejus fieri, qui accepit, in libris Gaji scriptum est: ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.

4) Ueberdieß sei der Irrthum des M., auf welchen sich die Klägerin berufe, ein Rechtsirrthum und somit ein unentschuldbarer gewesen.

CCXCIV. Christiane R. in Leipzig wandte sich an den Dr. S. daselbst mit der Anzeige, daß sie mit einem Kinde niedergekommen sei, als

dessen Vater sie ihn angeben müsse; er möge die Sache in Güte abmachen, widrigenfalls sie sich zu gerichtlichen Schritten genöthigt sehe. Mit 265 Thalern wolle sie zufrieden sein.

Sie erhielt darauf einen Brief von dem Kaufmann Weizmann, worin dieser schrieb, S. wolle Nichts mit ihr zu thun haben; doch wolle er, W., im Interesse des S., damit dieser nicht weiter belästigt werde, ihr die verlangten 265 Thlr. zahlen, wenn sie allen Ansprüchen an S. entsage. Er schicke ihr einstweilen 65 Thaler; die übrigen 200 Thaler solle sie nach einem Jahre erhalten.

Als die R. darauf, nachdem sie zwei Jahre vergeblich auf Bezahlung gewartet, gegen W. klagend auftrat, focht dieser die Statthaftigkeit der Klage aus folgenden Gründen an:

1) Beklagter sei von S. zu dem Versprechen lediglich bewogen worden mit Rücksicht auf die Drohungen der Klägerin, den S. als Vater anzugeben. Es stehe daher der Klage die exc. metus entgegen.

2) Es liege hier offenbar eine turpis causa vor und deshalb könne er sogar die bereits gezahlten 65 Thaler condiciren.

3) Er habe der Klägerin das Versprechen nur gegeben mit der Bedingung, daß sie allen Ansprüchen an Dr. S. entsage. Nun habe zwar die R. eine Entsagungsschrift vollzogen, allein sie habe kurz nachher den X. als Vater des Kindes in die Geburtsregister eintragen lassen. Darin liege ein Geständniß, daß sie keine Ansprüche an Dr. S. habe. Mithin habe sie auch keine Entsagung auf derartige Ansprüche vornehmen können und es fehle daher an der Gegenleistung.

4) Ueberdieß könne er der Klägerin Gegenforderungen entgegensetzen. Die Klägerin habe nämlich vom Beklagten Loose zur Preußischen Lotterie erhalten und sei darauf noch 25 Thlr. schuldig geblieben. Auch habe Klägerin im vergangenen Jahre am 6. November einige Pfund Smyrnaer Rosinen aus dem Laden des Beklagten holen lassen; in diesen zu einer Masse verbundenen Rosinen habe sie beim Trennen, wie jetzt erst zu seiner Kenntniß gekommen, einen goldnen Ring, mit Brillanten besetzt und innen mit türkischen Buchstaben gravirt, gefunden, den sie an den Juden L. für 20 Thaler verkauft und welchen jetzt der Professor S. für 40 Thaler an sich gebracht habe. Diese 40 Thaler verlange er von der Klägerin, da sie den Ring selbst nicht mehr zurückgeben könne.

Von Seiten der Klägerin wird rücksichtlich der Gegenforderungen und zwar

ad 1) Bezug genommen auf ein Landesgesetz vom Jahre 1754 des Inhalts, „daß diejenigen, welche sich als Collecteurs zu auswärtigen Lotterieen gebrauchen lassen wollen, hierzu bei der Königl. Landesregierung Concession suchen sollten," und auf eine Verordnung v. J. 1793, worin unter Wiederholung des eben Angeführten bestimmt war, daß, wer ohne Concession zu auswärtigen Lotterieen colligire, mit 30 Thlrn. an Geld und 4wöchentlichem Gefängniß gestraft werden solle. — Nun sei aber die Preußische Lotterie für Sachsen eine ausländische, und der Beklagte habe keine Concession als Collecteur. Er könne daher auch nicht auf Bezahlung der Loose Anspruch machen.

ad 2) Daß sie den Ring in den vom Beklagten empfangenen Rosinen gefunden, gibt sie zu, verweist ihn aber mit seinem Anspruche an Professor S. als den jetzigen Besitzer. —

Im Uebrigen gesteht sie zu, sowohl daß sie die fraglichen Loose erhalten, als auch daß sie den X. als Vater des Kindes habe eintragen lassen. —

§. 313.

CCXCV. Mehrere Maler zu X. haben bei dem Kunsthändler Leopold daselbst Gemälde zum Zwecke des Verkaufs stehen. Das Verhältniß zu dem Kunsthändler bezüglich des Verkaufs hat bei jedem der verschiedenen Maler seine besondern Eigenthümlichkeiten.

1) Dem Maler Ahrens nämlich hat L. bloß erlaubt, seine Gemälde mit Angabe des Preises und A's Adresse in seinen Laden zu hängen.

2) Gegen den Maler Becker hat sich L. verpflichtet, selbst den Verkauf zu besorgen und zwar unentgeltlich. —

3) Auch für den Maler Zimmermann besorgt L. den Verkauf, erhält aber von Z. jährlich 22 Thaler dafür.

4) Der Maler Reich hat mit L. die Uebereinkunft getroffen, daß der Letztere im Fall des Verkaufs nur den auf einer dem L. übergebenen Liste notirten Preis an G. abliefern solle; den Ueberschuß, den er etwa durch den Verkauf erlange, dürfe L. für sich behalten.

5) Den Malern Junker und Reisig gegenüber hat sich L. verpflichtet, den ganzen Kaufpreis unverkürzt abzuliefern, doch ist ihm von Junker für jedes verkaufte Stück ein Louisd'or, von Reisig eine Vergütung von 4 Procent des Kaufpreises zugesichert.

Eines Tags, als sich der zur Beaufsichtigung bestellte Commis des L. entfernt hatte, wie er ohne L's Wissen zu thun pflegte, wurden 5 Gemälde aus L's Laden entwendet. Als dieß bekannt wurde, forderten mehrere Maler ihre Sachen von L. zurück, indem sie Tag und Stunde bestimmten, wo die Gegenstände abgeholt werden sollten. Zur bestimmten Zeit jedoch fand sich sowohl L's Laden als Wohnung verschlossen und es mußten daher die Maler unverrichteter Sache abziehen.

In der Nacht darauf brach in Leopold's Nachbarschaft Feuer aus und auch L's gesammtes Lager mit allen sowohl dem L. gehörenden als ihm übergebenen Kunstwaaren und Gemälden wurde ein Raub der Flammen. Nur 6 Gemälde wurden gerettet.

Ist es rücksichtlich der gestohlenen und rücksichtlich der verbrannten Gemälde gleichgültig, welchem der genannten Maler dieselben gehörten? Ist dabei von Einfluß, welche von den Malern ihre Sachen zurückgefordert hatten und ist der Einfluß verschieden bei den verschiedenen Malern?

Wie verschieden ist überhaupt Leopold's Haftung den einzelnen Malern gegenüber und wie sind die verschiedenen Verhältnisse juristisch zu sondern? —

CCXCVI. Der Fabrikbesitzer Spielberg gab dem Bijoutier Hausmann eine Partie Dosen in Commission, um sie zu einem bestimmten Preise zu verkaufen. Wenn er nach Ablauf von 3 Monaten den angesetzten Preis nicht abliefere, sollte er die Dosen selbst wieder zurückgeben. Was H. über den festgesetzten Preis bekomme, sollte er behalten dürfen.

Nach Ablauf dieser Zeit verlangt S. dem Vertrage gemäß entweder den Preis, oder die Dosen; H. wußte ihn jedoch hinzuhalten, und ehe noch S. zu dem Seinigen gelangt war, brach über Hausmann der Concurs aus. Von den Dosen fanden sich nur noch zwei vor, die S. als sein Eigenthum aus der Concursmasse vindicirt. Sieben andere befanden sich, wie er hörte, bei dem Banquier Schmidt, dem sie H. in Versatz gegeben.

Einer von Spielberg gegen Schmidt angestellten Vindication setzt der Letztere entgegen:

1) Kläger habe sein Eigenthum durch die Uebergabe an H. verloren, da bekanntlich beim Tröbelvertrage das Eigenthum auf den Tröbler übergehe;

2) wenn dieser Eigenthumsübergang auch nicht sofort bei Abschluß des Geschäfts geschehen, so sei doch H. dadurch Eigenthümer geworden, daß er über die Sache disponirt und sich so als deren Käufer hingestellt habe.

Der Kläger bemerkt dagegen, es handle sich hier um keinen Tröbelvertrag, sondern um eine Verkaufscommission, wobei das Eigenthum beim Committenten verbleibe.

Wer hat Recht?

Wie steht es mit den Ansprüchen Spielberg's gegenüber den Concursgläubigern?

§. 314.

CCXCVII. In einer von dem Gastwirth Mohr gegen den Maler Röhlich eingereichten Klage, welche vom Kläger als actio locati bezeichnet war, führte der Erstere an, R. habe 14 Tage bei dem Kläger logirt und habe sich dann entfernt, mit der Zusicherung, die schuldige Summe innerhalb einer Woche zu übersenden. Kläger sehe sich nun, nachdem diese Frist verstrichen, ohne daß Bezahlung erfolgt sei, genöthigt, die Bezahlung einer Rechnung von 30 Thalern für Logis und Zehrung im Wege der Klage zu fordern.

Röhlich, welcher die in der Klage angeführten Thatsachen zugesteht, macht dagegen geltend:

1) die actio locati sei keinesfalls anwendbar wegen der Zehrungskosten;

2) die Forderung sei untergegangen, weil ungeachtet seines dringenden Verlangens bei der Abreise — also eigenmächtig — der Wirth ihm seinen Koffer zurückbehalten habe; jedenfalls verlange er nach den Grundsätzen der exceptio spolii zuerst Restitution des Koffers.

ad 2) Daß sie den Ring in den vom Beklagten empfangenen Rosinen gefunden, gibt sie zu, verweist ihn aber mit seinem Anspruche an Professor S. als den jetzigen Besitzer. —

Im Uebrigen gesteht sie zu, sowohl daß sie die fraglichen Loose erhalten, als auch daß sie den X. als Vater des Kindes habe eintragen lassen. —

§. 313.

CCXCV. Mehrere Maler zu X. haben bei dem Kunsthändler Leopold daselbst Gemälde zum Zwecke des Verkaufs stehen. Das Verhältniß zu dem Kunsthändler bezüglich des Verkaufs hat bei jedem der verschiedenen Maler seine besondern Eigenthümlichkeiten.

1) Dem Maler Ahrens nämlich hat L. bloß erlaubt, seine Gemälde mit Angabe des Preises und A's Adresse in seinen Laden zu hängen.

2) Gegen den Maler Becker hat sich L. verpflichtet, selbst den Verkauf zu besorgen und zwar unentgeltlich. —

3) Auch für den Maler Zimmermann besorgt L. den Verkauf, erhält aber von Z. jährlich 22 Thaler dafür.

4) Der Maler Reich hat mit L. die Uebereinkunft getroffen, daß der Letztere im Fall des Verkaufs nur den auf einer dem L. übergebenen Liste notirten Preis an G. abliefern solle; den Ueberschuß, den er etwa durch den Verkauf erlange, dürfe L. für sich behalten.

5) Den Malern Junker und Reisig gegenüber hat sich L. verpflichtet, den ganzen Kaufpreis unverkürzt abzuliefern, doch ist ihm von Junker für jedes verkaufte Stück ein Louisd'or, von Reisig eine Vergütung von 4 Procent des Kaufpreises zugesichert.

Eines Tags, als sich der zur Beaufsichtigung bestellte Commis des L. entfernt hatte, wie er ohne L's Wissen zu thun pflegte, wurden 5 Gemälde aus L's Laden entwendet. Als dieß bekannt wurde, forderten mehrere Maler ihre Sachen von L. zurück, indem sie Tag und Stunde bestimmten, wo die Gegenstände abgeholt werden sollten. Zur bestimmten Zeit jedoch fand sich sowohl L's Laden als Wohnung verschlossen und es mußten daher die Maler unverrichteter Sache abziehen.

In der Nacht darauf brach in Leopold's Nachbarschaft Feuer aus und auch L's gesammtes Lager mit allen sowohl dem L. gehörenden als ihm übergebenen Kunstwaaren und Gemälden wurde ein Raub der Flammen. Nur 6 Gemälde wurden gerettet.

Ist es rücksichtlich der gestohlenen und rücksichtlich der verbrannten Gemälde gleichgültig, welchem der genannten Maler dieselben gehörten? Ist dabei von Einfluß, welche von den Malern ihre Sachen zurückgefordert hatten und ist der Einfluß verschieden bei den verschiedenen Malern?

Wie verschieden ist überhaupt Leopold's Haftung den einzelnen Malern gegenüber und wie sind die verschiedenen Verhältnisse juristisch zu sondern? —

CCXCVI. Der Fabrikbesitzer Spielberg gab dem Bijoutier Hausmann eine Partie Dosen in Commission, um sie zu einem bestimmten Preise zu verkaufen. Wenn er nach Ablauf von 3 Monaten den angesetzten Preis nicht abliefere, sollte er die Dosen selbst wieder zurückgeben. Was H. über den festgesetzten Preis bekomme, sollte er behalten dürfen.

Nach Ablauf dieser Zeit verlangt S. dem Vertrage gemäß entweder den Preis, oder die Dosen; H. wußte ihn jedoch hinzuhalten, und ehe noch S. zu dem Seinigen gelangt war, brach über Hausmann der Concurs aus. Von den Dosen fanden sich nur noch zwei vor, die S. als sein Eigenthum aus der Concursmasse vindicirt. Sieben andere befanden sich, wie er hörte, bei dem Banquier Schmidt, dem sie H. in Versatz gegeben.

Einer von Spielberg gegen Schmidt angestellten Vindication setzt der Letztere entgegen:

1) Kläger habe sein Eigenthum durch die Uebergabe an H. verloren, da bekanntlich beim Tröbelvertrage das Eigenthum auf den Tröbler übergehe;

2) wenn dieser Eigenthumsübergang auch nicht sofort bei Abschluß des Geschäfts geschehen, so sei doch H. dadurch Eigenthümer geworden, daß er über die Sache disponirt und sich so als deren Käufer hingestellt habe.

Der Kläger bemerkt dagegen, es handle sich hier um keinen Tröbelvertrag, sondern um eine Verkaufscommission, wobei das Eigenthum beim Committenten verbleibe.

Wer hat Recht?

Wie steht es mit den Ansprüchen Spielberg's gegenüber den Concursgläubigern?

§. 314.

CCXCVII. In einer von dem Gastwirth Mohr gegen den Maler Röhlich eingereichten Klage, welche vom Kläger als actio locati bezeichnet war, führte der Erstere an, R. habe 14 Tage bei dem Kläger logirt und habe sich dann entfernt, mit der Zusicherung, die schuldige Summe innerhalb einer Woche zu übersenden. Kläger sehe sich nun, nachdem diese Frist verstrichen, ohne daß Bezahlung erfolgt sei, genöthigt, die Bezahlung einer Rechnung von 30 Thalern für Logis und Zehrung im Wege der Klage zu fordern.

Röhlich, welcher die in der Klage angeführten Thatsachen zugesteht, macht dagegen geltend:

1) die actio locati sei keinesfalls anwendbar wegen der Zehrungskosten;

2) die Forderung sei untergegangen, weil ungeachtet seines dringenden Verlangens bei der Abreise — also eigenmächtig — der Wirth ihm seinen Koffer zurückbehalten habe; jedenfalls verlange er nach den Grundsätzen der exceptio spolii zuerst Restitution des Koffers.

Auf den zweiten Einwand bemerkt der Wirth, daß er berechtigt gewesen sei, den Koffer zu retiniren, und daß derselbe durch casus verloren gegangen sei.

Der Beklagte duplicirt, daß, falls der Koffer verloren gegangen sei, der Wirth dann nach den Grundsätzen des receptum ihm den Werth ersetzen müsse und erbietet sich zum juramentum Zenonianum. — Eine connexe Forderung, derentwegen M. ihm den Koffer hätte retiniren können, habe nicht vorgelegen, ihr beiderseitiges Forderungsverhältniß habe mit dem Koffer Nichts gemein gehabt. —

CCXCVIII. Der Reisediener Hülsemann klagt gegen den Gastwirth Stiefel in N. unter Anführung folgender Thatsachen:

Kläger habe bei Beklagtem während der ersten 3 Tage des Monats Juli logirt, um in N. einige Geschäfte zu besorgen. Als er aber bei seiner Abreise am 3. Juli seine Effecten zusammengepackt, habe er zu seinem Schrecken bemerkt, daß ihm seine Brieftasche, in welcher Papiere zum Belauf von 700 Thalern befindlich, abhanden gekommen sei. Wahrscheinlich habe diese Entwendung am Abend vorher Statt gefunden, denn noch am Nachmittage des 2. Juli habe er die Brieftasche mit ihrem vollständigen Inhalte gehabt. Gegen Abend sei er ausgegangen, um das Vogelschießen in N. zu besuchen; er habe jedoch zuvor die Brieftasche in das Schreibepult eingeschlossen und den Schlüssel sowohl zu diesem, als zu dem Zimmer zu sich gesteckt. Erst spät in der Nacht sei er sehr ermüdet zurückgekehrt und habe sich sofort niedergelegt, ohne sich erst von dem Vorhandensein der Brieftasche zu überzeugen. Er verlangt daher Ersatz der 700 Thaler vom Beklagten.

Der Beklagte bemerkt gegen die Statthaftigkeit der erhobenen Klage:

1) es habe zwischen ihm und dem Kläger ein reines Miethverhältniß, nicht aber ein receptum cauponis Statt gefunden, denn Kläger habe seit einigen Jahren regelmäßig zur Meßzeit bei ihm logirt. Mit Bezug auf diesen Umstand sei auch schon früher eine gegen ihn (vom Kaufmann T.) angestellte Klage abgewiesen worden. T. hatte nämlich mit dem Beklagter einen Vertrag abgeschlossen, wonach T. zu jeder Meßzeit dieselbe bestimmte Stube und ein Verkaufslocal um einen fixen Preis erhalten sollte. Zugleich war verabredet, daß dieses Vertragsverhältniß nur nach vorgängiger Aufkündigung sollte aufgehoben werden können; auch sollte das Verkaufslocal zur Aufbewahrung von Waaren von einer Meßzeit zur andern benutzt werden. Da nun dem T. einst zur Meßzeit eine Summe Geldes, wie er behauptet, aus seinem Zimmer entwendet worden, so hatte er gegen Stiefel geklagt, war aber abgewiesen worden.

2) In Klägers Zimmer, wie in allen zur Aufnahme von Fremden bestimmten Zimmern seines Gasthauses sei immer und auch während der 3 Tage, wo sich Kläger zuletzt in demselben aufgehalten, an der innern Seite der Stubenthür in gewöhnlicher Mannshöhe ein Anschlag befestigt, der unter andern Bestimmungen auch folgende mit großen und fetten Lettern gedruckte enthalte:

„Sachen von Werth, ersuche ich, mir persönlich zur Aufbewahrung zu „übergeben, indem wir nur in diesem Falle Garantie dafür leisten können."

„J. Stiefel."

Diesen Anschlag habe Kläger kennen müssen, da er schon die beiden vorhergehenden Jahre um dieselbe Zeit bei ihm eingekehrt, wo dieser Anschlag bereits vorhanden gewesen. Daß er ihn gelesen gehabt, gehe auch hervor aus einer Aeußerung, die Kläger damals gegen ihn gethan. Als nämlich Beklagter ihn, da er sich über den Verlust seiner Papiere beklagt, auf den Anschlag hingewiesen, habe Kläger entgegnet: „Ach, ich weiß es wohl, ich mache deshalb auch keinen Anspruch an Sie." — Mithin sei Beklagter nach

l. 7 pr. D. naut. caup. etc. (4, 9) Ulp.:

Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.

von aller Haftung frei.

3) Ueberdieß habe Kläger durch die oben angeführte Aeußerung auf sein Klagerecht, wenn ihm solches wirklich zugestanden hätte, verzichtet.

4) Da Kläger den Verlust erst am Morgen des 3. Juli bemerkt habe, so könne derselbe auch in der Nacht vom 2. auf den 3. Juli geschehen sein, während Kläger geschlafen habe. Dieß sei sogar das Wahrscheinlichste, da, wie Beklagter sich am Morgen überzeugt, die Stubenthür des Klägers nicht verschlossen gewesen. Dann aber würde Kläger seinen Verlust selbst durch Unvorsichtigkeit verschuldet haben und keinen Ersatz verlangen können.

5) Eine Befreiung von der Haftung für Klägers Sachen habe auch schon darin gelegen, daß Letzterer den Schlüssel zu seiner Stube genommen habe.

Der Kläger bemerkt hiergegen in seiner Replikschrift, in welcher er das Vorhandensein des Anschlags, die gethane Aeußerung und das Nichtverschlossensein der Thür während der Nacht zugibt, unter Anderem wegen des letzteren Umstands, derselbe sei ganz gleichgültig, da, während er geschlafen, sein Hund, ein sehr wachsames Thier, neben dem Bette gelegen. Unvorsichtigkeit könne ihm daher nicht vorgeworfen werden, denn er baue mehr auf die Wachsamkeit seines Hundes, als auf den Verschluß der Thür. —

Wie ist über die Statthaftigkeit der Klage, Beweisthema und Beweislast zu entscheiden?

CCXCIX. Eine von T. Peter in H. gegen den Fuhrmann Scharf in S. angestellte Klage war auf folgende Thatsachen gestützt:

Der Fuhrmann Scharf in S. befördert wöchentlich einige Male Güter von S. nach Dresden und ebenso von dort zurück nach S. und

nimmt bei dieser Gelegenheit, wenn es sich so trifft und er Platz hat, auch Personen nach Dresden, resp. nach S. mit. Am 13. März kam Kläger in den Gasthof zum „weißen Roß," wo Beklagter einzukehren pflegt und fragte bei demselben an, ob er ihn nach S. mitnehmen könne, was Scharf bejahte, indem er zugleich bemerkte, wenn P. Etwas an Gepäck mitzunehmen habe, so möge er es nur herbringen und dem Hausknecht übergeben, der es übernehmen und vor der Abfahrt in den Wagen legen werde. Kläger zeigte ihm hierauf eine Kiste mit der Erklärung, er werde sie jetzt gleich dem Hausknechte übergeben; Beklagter möge Acht haben, daß die Kiste weder beim Verpacken, noch unterwegs verloren gehe; er, Kläger, werde erst vor der Stadt aufsteigen.

Als Kläger sodann vor der Stadt aufstieg, fand er seine Kiste noch vor, allein bei seiner Ankunft in S. wurde sie vergeblich unter dem Gepäcke gesucht. Sie war mithin unterwegs verloren gegangen, ist auch aller Nachforschungen ungeachtet nicht wieder beigeschafft worden.

Den Werth der Kiste schlägt Kläger auf 24 Thaler an, und erbietet sich zur eidlichen Erhärtung dieser Behauptung.

Kläger bittet daher, den Beklagten zum Ersatze dieses Werths von 24 Thalern zu verurtheilen.

Ist diese Klage zulässig?

CCXCIXa. Bei Gelegenheit des in der Stadt J. abgehaltenen Viehmarkts brachte der Ackersmann B. eine Kuh, welche er für 30 Thlr. erkauft hatte, in den Stall des Gastwirths H. daselbst und ging darauf in die allgemeine Gaststube, wo er sich Speise und Trank geben ließ. Als er nach etwa 2 Stunden mit seinem Thiere den Heimweg antreten wollte, war dasselbe aus dem Stalle verschwunden, ist auch niemals wieder zum Vorschein gekommen und nach des B. Ansicht gestohlen. Derselbe klagte nun gegen den Gastwirth auf Erlegung des Werths der Kuh mit dem Bemerken, „Beklagter habe als Gast- und Stallwirth dafür einzustehen, daß den bei ihm einkehrenden Fremden an Vieh und Sachen keinerlei Schaden geschehe."

Beklagter will den Werth der Kuh nicht bestreiten, leugnet aber seine Verpflichtung zur Erlegung desselben überhaupt. Eventualiter führt er an, daß wenigstens Kläger ihm von dem Einbringen des Viehs in seinen Stall hätte Nachricht geben müssen. Uebrigens sei noch bislang gar nicht constatirt, daß die Kuh gestohlen sei, sie könne sich ebensogut losgerissen haben und entlaufen sein.

Kläger bleibt bei der Behauptung eines Diebstahls, und erklärt noch: eine Anzeige an den Wirth, daß er ein Stück Vieh in seinen Stall eingestellt, habe er (Kläger) weder zu machen brauchen, noch machen können. „Wie überhaupt so sei insonderheit in Markttagen das Local eines jeden Stallwirths dem Publicum öffentlich zur Benutzung offerirt, Niemandem falle es ein, davon, daß ein Thier eingebracht worden, den Wirth oder seine Leute in Kenntniß zu setzen, weil Jeder die Fütterung wie das Einstellen selbst besorge, ohne daß der Wirth oder dessen Leute dabei con-

curriren." Eine Benachrichtigung sei in concreto ebenso überflüssig als unthunlich gewesen, denn es haben sich am fraglichen Markttage über 200 Stück Vieh in des Bekl. Stall befunden.

Das Factische dieser Replik wird vom Bekl. zugegeben. Derselbe meint indeß, daß dadurch die dem Gegner obliegende Verpflichtung einer Anzeige nicht beseitigt werde. Ohne letztere sei Bekl. nicht im Stande auf das eingestellte Vieh zu achten und achten zu lassen, wie denn „überhaupt von einem obligatorischen Verhältnisse zwischen Bekl. und dem Gegner keine Rede sein könne, wenn ersterer den Gegenstand desselben gar nicht kenne."

Wie ist zu erkennen?

§. 315.

CCC. Ist in folgenden zwei Fällen eine Klage statthaft?

1) Der Färber A. klagt gegen den Tuchmacher C., indem er in der Klage anführt, er habe vom Beklagten eine (näher angegebene) Quantität Tuch zum Färben erhalten und darauf gefärbt an ihn abgeliefert. Ueber den Färberlohn sei nichts verabredet worden, weshalb er denselben so wie gegen andere Kunden berechne, worüber die Rechnung beilag. Kläger behauptet auch, daß Beklagter schon früher habe Tuch bei ihm färben lassen und dieß bezahlt habe. Ist dieses Anführen wesentlich zur Klagbegründung oder genügt auch dieß nicht? —

2) Gegen die Wittwe U. klagt der Handelsgärtner B. auf Bezahlung für die Topfgewächse, welche er ihr eine bestimmte Zeit hindurch zur Besetzung ihrer Blumenstellage und der Fenster ihres Zimmers, sowie der Gartenmauer geliefert zu haben behauptet. Daß er sich einen bestimmten Lohn oder Vergütung ausbedungen habe, behauptet der Kläger nicht. —

CCCI. Der A. klagt gegen den Oeconom Ulrich in X. auf eine Belohnung für einen im Auftrage Ulrich's zu Stande gebrachten Gutsverkauf. Schon der Vater des Beklagten habe ihm „eine gute und angemessene Belohnung" zugesichert für den Fall, daß er einen günstigen Verkauf vermittle; sein Sohn aber, der jetzige Beklagte, auf welchen das Gut durch Erbgang gekommen, habe dem Kläger versprochen, er wolle ihm das Doppelte und Dreifache dessen geben, wozu sich sein Vater anheischig gemacht. Dessenungeachtet habe Beklagter, obwohl durch Klägers Bemühung ein Verkauf des Guts für 18000 Thaler zu Stande gekommen, ihm bloß 12 Thaler als Belohnung geboten. Die Feststellung der ihm gebührenden Vergütung überlasse er dem richterlichen Ermessen. —

Der Beklagte gesteht zwar die in der Klage angeführten Thatsachen zu, entgegnet jedoch dem darauf gestützten Anspruche, nur bei Mäklern und solchen Leuten, die nach einer bestimmten Taxe für ihre Bemühungen bezahlt würden, hätten derartige unbestimmte Versprechen Klagbarkeit. —

l. 56 §. 3 D. mand. (17, 1) Papinianus:

Salarium *incertae pollicitationis* neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat.

Zwar bestehe im Fürstenthum X. das Institut der öffentlichen geschworenen Mäkler nicht in der Gestalt wie an andern Orten, allein dasselbe werde vertreten durch das Institut der Advocaten. Diese allein, d. h. die zur Praxis admittirten Advocaten hätten demnach die Befugniß, die Negozirung von Geldbarlehnen oder bedeutenden Verkäufen zu besorgen, wenigstens das Privilegium, eine Vergütung dafür zu beanspruchen. In Ermangelung dieses Rechts könne dem Kläger auch das Versprechen des Beklagten, als viel zu unbestimmt, Nichts helfen.

Ist die Klage abzuweisen?

CCCII. In einer Gesellschaft im Hause der Frau v. B., in welcher auch der Dr. med. F. sich befand, wurde die Frau vom Hause plötzlich von heftigen Krämpfen befallen; jedoch gelang es den Bemühungen des Dr. F., dem Uebel sofort Einhalt zu thun.

Beim Abschiede dankte ihm die Frau v. B. mit den verbindlichsten Ausdrücken und bat ihn, sich doch nun öfter bei ihr sehen zu lassen.

Nachdem in Folge dieser Aeußerung Dr. F. sich in jeder Woche mindestens einmal bei der Frau v. B. eingefunden hatte, erwartete er am Schlusse des Jahres sein Honorar als Hausarzt, jedoch vergebens.

Auch nach Ablauf eines weitern Jahres, in welchem es Dr. F. gleichfalls an Besuchen bei der B. nicht fehlen ließ, unterblieb jede Vergütung an den Erstern.

Derselbe theilt uns daher jetzt den oben erzählten Thatbestand mit und bittet um ein Gutachten, ob er gegen die B. auf Bezahlung von Arztlohn für sämmtliche ihr abgestattete Besuche klagen könne. Er führt dabei noch an, daß er ihr auch bei einigen spätern Gelegenheiten, wo sie in seiner Gegenwart von heftigem Unwohlsein befallen worden, ärztliche Hülfe geleistet habe. Aber auch die übrigen Besuche will er in Ansatz bringen, da, wie er sich ausdrückt, „die ärztliche Fürsorge nicht bloß in der Behandlung bei bestimmten Krankheitsfällen sondern auch in der Aufmerksamkeit auf den Gesundheitszustand überhaupt erkennbar sei."

Auch habe er bei keinem Besuche unterlassen, sich nach ihrem Befinden zu erkundigen und ihr ärztliche Vorschriften über die Einrichtung ihrer Lebensweise zu geben. Ueberhaupt stehe dem Arzte als verpflichteter Person bis zum Nachweise des Gegentheils die rechtliche Vermuthung zur Seite, daß er seinen Beruf gewissenhaft ausüben und daher nicht aus Gewinnsucht unnöthige Besuche häufen werde. —

Ueberdieß habe er in Erfahrung gebracht, daß die B. keinen andern Arzt als ihn gebraucht habe; dieß zusammengenommen mit ihrer Aufforderung, sie öfters zu besuchen, berechtige ihn gewiß, sich als ihren Hausarzt zu betrachten. —

---

§. 316.

CCCIII. A. Rosine W., verehelichte F., erhob im J. 1835 in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann und mit ihren Eltern eine Alimentationsklage gegen den Handelsmann B. unter dem Anführen: Sie, die genannte Rosine W., verehelichte F., sei vor ihrer Verheirathung am 23. Sept. 1830 von einem jetzt noch lebenden Mädchen entbunden worden; der Vater desselben sei nicht der auf ihre Angabe in das Kirchenbuch eingetragene F., sondern der Beklagte gewesen, der sich in der Zeit vom Anfange des 10. bis zu Ende des 7. Monats vor ihrer Niederkunft mehrmals fleischlich mit ihr vermischt habe. Sie verlange daher (mit ihrem Ehemann und ihren Eltern) von ihm Anerkennung des Kindes als des seinigen, Ersatz des bisher von ihr, ihrem Ehemann und ihren Eltern für die Alimentation aufgewendeten Betrags von durchschnittlich wenigstens 12 Thalern vom 23. Sept. 1830 an, sowie daß er künftighin seiner Alimentationspflicht mit jährlichen 12 Thalern nachkomme. Daß die Klage erst jetzt erhoben werde, habe seinen Grund darin, daß Beklagter bisher im Auslande sich aufgehalten.

Der Beklagte räumte die behaupteten Thatsachen ein, bestritt aber den eingeklagten Alimentationsanspruch,

1) weil Klägerin den F. als Vater habe in das Kirchenbuch eintragen lassen.

2) Was die seit 1830 ausgelegten Alimente betreffe, so seien diese bei dem Verwandtschaftsverhältnisse der Klägerin, ihres Ehemanns und ihrer Eltern zu dem fraglichen Kinde als ein Geschenk aus Pietät zu betrachten, dessen Erstattung nicht gefordert werden könne.

l. 34 D. de neg. gest. (3. 5) (Paulus):

Nesennius Apollinaris Julio Paulo salutem: Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque, aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae *alimenta* praestita nepoti. Respondebatur: aviam *jure pietatis* de suo praestitisse; nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta esse. Praeterea constitutum esse dicebatur, ut, si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur, tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur; at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse, de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur? Quaero, quid tibi justius videatur? *Respondi:* Haec disceptatio in *factum* constitit. Nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est, se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores ejus conveniret? Pone *peregre* patrem ejus obiisse et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium, quam filiam ejus exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem Divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo, *aviam vel heredes ejus audiendos*, si reputare velint alimenta: maxime, *si etiam in ratione impensarum*

ea retulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur. —

3) Schon deshalb sei kein Grund, gegen ihn zu klagen, weil der K. sich verbindlich gemacht habe, das Kind zu alimentiren.

4) Jedenfalls aber sei er von der Alimentationspflicht frei wegen seines Unvermögens, dieselbe zu bestreiten. Er betreibe zwar, wie bekannt sei, ein Galanteriewaarengeschäft in einer lebhaften Straße, allein es werfe nicht einmal so viel ab, um die Miethe von 265 Thalern und seinen eignen auf 200 Thlr. jährlich anzuschlagenden Unterhalt davon zu bestreiten, so daß er 400 Thaler Schulden habe.

Was ist über diese Einreden und ihre etwaige Verstellung zum Beweise zu sagen? —

B. Im Jahre 1852 reicht Dorothea F. eine Klage gegen denselben B. als ihren außerehelichen Vater ein, in welcher sie vorträgt, der Beklagte sei noch vor Beendigung des erwähnten Processes entwichen und erst jetzt — aber als vermögender Mann — zurückgekehrt. Sie verlange jetzt von ihm Alimente sowohl für die Vergangenheit, als auch für die Zukunft bis zu ihrer Herstellung, da sie gänzlich mittellos und, da sie am Knochenfraße leide, auch arbeitsunfähig sei. Sie wolle mit 12 Thalern jährlichen Alimenten zufrieden sein, wenn ihr außerdem die Kurkosten zugesprochen würden.

Ist diese Klage statthaft?

CCCIIIa. Samuel L. in C. stellte gegen seinen Bruder Georg daselbst eine Klage auf 12 Thlr. 22 Sgr. Erbgeld an, welches der letztere ihm aus der Vereinbarung über den väterlichen Nachlaß schuldete. Bekl. setzte der an sich nicht bestrittenen Forderung die Einrede der Compensation entgegen, zu deren Begründung er anführte: bevor Kläger das 20. Jahr erreicht und als Soldat in das Großherzogl. Militär in W. getreten, habe er mit Kläger einen Vertrag dahin geschlossen, daß er diesen vollständig gegen ein wöchentliches Aequivalent von 1 Thlr. und Nutzung der klägerischen Grundstücke ernähren wolle, welches Verhältniß auch ins Leben getreten und bis zum Jahre 1862 von beiden Seiten contractmäßig eingehalten sei. Nachdem der mit dem 1. Jan. 1862 begonnene Militairdienst des Klägers am 3. Aug. 1863 sein Ende erreicht, habe Kläger und Beklagter das frühere Verhältniß bis zum 24. Decbr. 1863 fortgesetzt und Kläger an Kostgeld während dieser Zeit im Ganzen 6 Thlr. bezahlt. Wenn nun zwar keine besondere und ausdrückliche Vereinbarung bei der Rückkehr des Klägers wieder getroffen sei, so liege doch in den angeführten Umständen offensichtlich eine „stillschweigende Fortsetzung und Renovation des früheren Vertrags", und da somit Kläger nach Abzug der bezahlten 6 Thlr. jetzt noch 14 Thlr. 17 Sgr. schulde, beantrage Bekl. compensirend und die separirte Geltendmachung des Ueberschusses reservirend, daß die Klage als unbegründet verworfen werde. Dieses könne Bekl., ganz abgesehen von dem Vertragsverhältnisse, deswegen verlangen, weil er den Gegner thatsächlich die angegebene Zeit

hindurch ernährt, während dazu für ihn weder eine gesetzliche Verpflichtung vorgelegen, noch er, wie aus der Vergangenheit sich ergebe, die Absicht gehabt habe, dem Gegner eine Liberalität zu erzeigen, andererseits das geforderte Kostgeld von wöchentlich 1 Thlr. neben Nutzung der gegnerischen Grundstücke ein sehr geringes sei.

In der Replik hat Kläger den factischen Inhalt dieser Vertheidigung seines Gegners sowie die Angemessenheit des Kostgeldes zugegeben, das Compensationsrecht jedoch bestritten. Der vor seinem Eintritt ins Militair geschlossene Vertrag sei nie zu Recht beständig gewesen, weil Kläger erst im Laufe des Jahres 1862 großjährig geworden. Dieser niemals existent gewordene Vertrag habe daher auch nicht fortgesetzt oder renovirt werden können. Wenn nun Bekl. versucht habe, seinen Gegenanspruch als einen auch abgesehen von dem Vertrage bestehenden hinzustellen, so sei dieses völlig ungerechtfertigt, weil es der behaupteten Gegenforderung an jedem Rechtsgrunde fehle. Es liege weder „eine in rem versio noch negotiorum gestio vor: erstere deshalb nicht, weil keine besonderen Umstände nachgewiesen seien, aus denen sich ergebe, daß die Alimente mit der Absicht verabreicht, resp. angenommen seien, daß solches nicht unentgeltlich geschehen solle, — eine in rem versio nicht, weil Bekl. durch die dem Kläger geleisteten Alimente nicht dessen Geschäfte, sondern die seiner noch lebenden Mutter besorgt haben würde, welche in Ermangelung eigenen Unterhalts zu seiner Ernährung als wohlhabende Frau gesetzlich verpflichtet gewesen sein würde. Ueberhaupt aber verbiete die Schicklichkeit, nahen Verwandten gereichte Alimente wieder zu fordern, und deshalb gebe es, abgesehen von besonderer desfallsiger Vereinbarung, kein hierauf begründetes Klagerecht."

Die Duplik enthält unter Wiederholung des früher Gesagten nur noch die Bemerkung, „daß nicht aus einem in der Minderjährigkeit, sondern in der allerdings erst im Jahre 1862 eingetretenen Großjährigkeit entstandenen Rechtsverhältnisse geklagt sei", übrigens dem Kläger gegen keine seiner Verwandten ein Anspruch auf Ernährung zustehe, so lange er selbst Vermögen habe, was doch nach dem Inhalte der Klage hier der Fall gewesen sei.

CCCIIIb. Andreas M. in H. wurde durch ein langwieriges Augenübel an der Ausübung seiner Profession eines Decorationsmalers verhindert, und, da er völlig vermögenslos war, auf sein Ansuchen von Joachim R. 3 Jahre und 3 Monate lang mit Speise, Trank und einem besondern Zimmer zum Aufenthalte bei Tag und Nacht versehen. Joachim R. verlangte nun nach der Wiedergenesung von dem Sohne des Verpflegten, der in einem 12 Meilen entfernten Städtchen als Steuereinnehmer mit einem Gehalte von jährlich 700 Thlrn. angestellt, Ehemann und Vater von 4 unmündigen Kindern, übrigens ohne alles Vermögen und sonstige Einnahme ist, eine Entschädigung und klagte, als sie ihm verweigert wurde, dieselbe ein, die Feststellung ihres Betrags dem richterlichen Ermessen überlassend. In der Klage war angeführt, daß dieselbe sowohl aus dem Ge-

sichtspunkte einer negotiorum gestio als einer Cession sich rechtfertige, indem der Kläger die dem Beklagten gesetzlich obliegende Alimentation des Vaters besorgt, „letzterer auch zur Beseitigung aller Zweifel sein ihm gegen den Sohn zuständiges Recht auf Alimentation, bezw. die actio alimentaria an den Kläger abgetreten habe."

Beklagter wandte hiergegen ein:

Eine seinerseitige Alimentationsverbindlichkeit bestehe überhaupt gar nicht; denn sie setze immer voraus, daß der, welcher Alimente geben solle, auch wirklich in der Lage sei, von dem zum Lebensunterhalte für sich und die Seinigen Nöthigen noch etwas abgeben zu können. Nun reiche aber der Gehalt von 700 Thlrn. nur gerade hin, den Beklagten mit seiner Familie standesgemäß zu ernähren, Einschränkungen brauche er sich nicht aufzuerlegen, zu geschweigen, daß darin eine Ungerechtigkeit gegen seine Ehefrau und Kinder liegen würde. Auf keinen Fall stehe aber dem Kläger ein Klagerecht zu: aus einer negotiorum gestio abgesehen von dem Gesagten, deshalb nicht, weil Kläger nicht utiliter gehandelt habe, der Vater hätte sich an ihn, den Bekl., wenden sollen, dann hätte dieser ihn jedenfalls in sein Haus und seine Familie aufnehmen und billiger ernähren können; — aus einer Cession nicht, weil ein Sohn nie verpflichtet sei, seinem Vater für die Vergangenheit Alimente zu zahlen (sondern ihn nur für die Zukunft vor Noth zu schützen), mithin auch ein darauf gerichtetes, weil nicht existirendes Klagrecht nicht habe cedirt werden können. In omnem eventum verlange Beklagter, daß genau nachgewiesen werde, was Kläger behuf der Alimentation aufgewandt habe, eine Feststellung nach richterlichem Ermessen sei immer „eine mißliche Sache, bei welcher man oft hinter der Wahrheit weit zurückbleibe".

Kläger behauptet dagegen, daß ihm eine genaue Angabe resp. Liquidation in dieser Beziehung unmöglich sei, das positive Recht auch gerade zum richterlichen arbitrio verweise. Hätte übrigens Bekl. seinen Vater selbst zu sich genommen, so hätte dieses ebenfalls Kosten verursacht und mehr verlange Kläger auch nicht. Ferner würden Einschränkungen dann ebensogut Statt gefunden haben, und daß Bekl. sich solche machen müsse, verstehe sich ganz von selbst.

§ 317.

CCCIV. Karl Gottlieb W. klagt gegen die Erben des verstorbenen Apothekers John mit dem Anführen, der Erblasser habe ihm, dem Kläger, bei seiner Verheirathung mit des Erstern Nichte versprochen, er wolle die Letztere so ausstatten und bedenken, daß sie gewiß zufrieden sein könne.

Er sei auch ohnehin zu dieser Ausstattung verpflichtet gewesen, weil er mit seiner Nichte während der gesetzlichen Conceptionszeit vor ihrer Entbindung von einem unehelichen Kinde geschlechtlichen Umgang gepflogen gehabt.

Die Beklagten setzen dem entgegen:

1) Eine Verpflichtung ihres Erblassers zur Ausstattung seiner Nichte habe nie bestanden; denn da die Verpflichtung des Schwängerers nach

canonischem Rechte in ducere *et dotare* bestehe, so sei derselbe auch nur denkbar für diejenigen Personeu, welche die Geschwächte heirathen dürften, nicht aber in solchen Fällen, wo die Ehe zwischen dem Schwängerer und der Geschwächten zu den verbotenen Ehen gehöre.

2) Das Dotationsversprechen sei zu unbestimmt und biete durchaus keinen Anhalt zur richterlichen Feststellung desselben.

3) Auch habe das Versprechen auf der irrigen Voraussetzung beruht, J. sei zur Dotation verpflichtet.

Was ist über diese Einreden zu sagen?

Was hätten die Beklagten sonst noch vorbringen können?

---

§. 319.

CCCV. Der Verwalter des Gutsbesitzers Schott verkaufte ein seiner Herrschaft gehöriges Pferd an den Pferdehändler Roßwurm, von welchem es der Oekonom Graser kaufte. Dieser lieh es eines Tages dem Dr. med. Haberkorn, um nach Z., wo er einen Krankenbesuch abzustatten hatte, zu reiten. Hier traf er mit Schott zusammen, der das Pferd als das seinige erkannte, sich auch durch das Zeugniß einiger andern glaubwürdigen Personen als Eigenthümer legitimirte. H. hatte keinen Grund, das Recht des S. zu bezweifeln und da er Gelegenheit fand, nach Hause zu fahren, so überließ er das Pferd sofort an Schott, der es mit sich nahm.

Dieses Verfahren H's wird jedoch von Graser höchlichst gemißbilligt und derselbe tritt kurz nachher gegen H. mit der actio commodati auf, indem er Herausgabe des Pferdes oder Ersatz von dessen Werth beansprucht.

H. wünscht jetzt zu wissen, welchen Ausgang die Sache wohl für ihn nehmen werde und wie er sich am Zweckmäßigsten zu benehmen habe.

CCCVI. A. hatte dem B. ein Pianoforte unentgeltlich zum Gebrauche geliehen. B. hatte nebst seinen übrigen Mobilien auch dieses Instrument bei der G'schen Feuer-Assecuranzgesellschaft und zwar das letztgenannte für 120 Thlr. versichert. Noch während dasselbe im Gebrauch und in der Wohnung des B. sich befindet, bricht durch Schuld eines mit B. in demselben Hause Wohnenden Feuer aus und B. kann von seinen Sachen Nichts retten. Nachdem die Versicherungssumme auch für das mitverbrannte Instrument den Erben des kurz darauf verstorbenen B. ausbezahlt worden war, verlangt A. von denselben die Herausgabe der 120 Thlr., wofür B. das Instrument versichert hatte. Die Erben verweigern ihm jedoch die Verabfolgung dieser Entschädigungssumme.

A. wünscht zu wissen, ob er deshalb klagen könne und wie er im Bejahungsfalle seine Klage zu begründen habe. Er denkt zunächst an die actio commodati directa und will die Versicherungssumme als ein commodum ex re in Anspruch nehmen.

CCCVII. Der Hôtelbesitzer Ludwig wurde von seinem Schwiegersohn D. auf Herausgabe einer an ihn von X. für den Kläger gemachten Zahlung belangt, setzte jedoch der Klage die exceptio compensationis aus einer Entschädigungsforderung gleichen Betrags entgegen. Er habe nämlich den Kläger vor einiger Zeit in seiner Equipage nach L. fahren lassen, damit derselbe dort in einem Concerte als Vilionist auftrete; er habe ihm dazu auch seine werthvolle Geige mitgegeben. Obgleich er ihm aber eingeschärft, vor Nacht wieder zurück zu sein, sei Kläger erst nach Mitternacht wieder eingetroffen und zwar mit ganz beschädigtem Geschirre. Die Geige aber sei ihm, wie er behauptet habe, in L. gestohlen worden. Die Beschädigung am Geschirre habe Kläger dadurch verschuldet, daß er sich ohne Noth in L. lange verweilt nnd den Kutscher auf seine Kosten habe zechen lassen, so daß derselbe in der Dunkelheit den Weg verfehlt.

Der Kläger replicirt, den Schaden an der Equipage habe der Kutscher verschuldet und für diesen müsse sein Herr einstehen; die Geige aber habe er auf den Vorschlag des Beklagten mitgenommen, weil dieser gewünscht, daß sein Schwiegersohn möglichste Ehre einlege. Auch sei er zusammen mit dem R. gefahren, hafte also höchstens nur zur Hälfte, denn auf R's Rath hätten sie die Landstraße verlassen und einen näheren Seitenweg eingeschlagen, wodurch die Beschädigung herbeigeführt worden.

Ist dem D. der Beweis der letzterwähnten zwei Behauptungen aufzulegen?

CCCVIIa. Der Dr. H. in E. lieh dem Dr. M. daselbst ein anatomisches Kupferwerk im Werthe von 16 Friedrichsd'or, um es zur Vorbereitung auf seine binnen 3 Wochen stattfindende Staatsprüfung zu benutzen. M. reisete am Tage nach dem Empfange zu seiner in W., 4 Meilen von E., wohnenden Mutter, der Wittwe M. und nahm das Kupferwerk ohne besondere Erlaubniß und ohne Wissen des Eigenthümers mit. Von W. begab er sich nach 8tägigem Aufenthalte zu einem 2 Stunden entfernt wohnenden Gutsbesitzer, bei dem er übernachtete, um folgenden Tags nach W. zurückzukehren, sodann aber mit dem daselbst zurückgelassenen Kupferwerke wieder nach E. zu reisen. In der Nacht brach in W. Feuer aus und legte einen großen Theil dieses Städtchens in Asche. Als dasselbe bereits ein von der Wohnung der Mutter des Dr. M. 150 Schrite entfernt gelegenes, nicht unmittelbar benachbartes Gebäude ergriffen hatte, fiel dem Kaufmann Z., einem Freunde des Dr. M., ein, in dessen Zimmer das kostbare Kupferwerk gesehen zu haben, er begab sich daher in letzteres, nahm dasselbe, in der Absicht, es zu retten, aus dem von seinen Bewohnern verlassenen Hause mit sich, und legte es in dem unverschlossenen Zimmer eines andern, entfernt wohnenden Freundes während der Abwesenheit und ohne Wissen des letzteren nieder. Die Wohnung desselben, sowie die der Wittwe M. wurde vom Feuer, welches überhaupt nicht weiter um sich griff, verschont, als aber der Kaufmann Z. das Kupferwerk zurückholen wollte, war es verschwunden und, wie allgemein angenommen wurde, gestohlen, hat auch nicht wieder aufgefunden werden können.

Es fragt sich nun, ob und mit welcher Klage Dr. H. gegen den Dr. M. auf Rückgabe oder Ersatz des Werthes seines Kupferwerkes klagen kann, und ob und welche Klage etwa dem Dr. M. gegen den Kaufmann Z. zusteht.

---

§. 320.

CCCVIII. Die Gemeinde B. nahm von dem Fabrikbesitzer Kästner am 1. März 1819 ein Darlehn von 3000 fl. auf, verzinslich zu 5 Proc. und verpfändete ihm dafür mehrere Hanauer Landesschuldverbriefungen zu 4 Procent — im Nominalwerthe von 4000 fl. Es wurde dabei bestimmt, nach Ablauf von 21 Jahren solle Kästner diese Papiere der Gemeinde gegen Rückzahlung der 3000 fl. restituiren, inzwischen aber solle sich K. hinsichtlich der ihm gebührenden Zinsen aus den von ihm zu beziehenden Zinsen der ihm verpfändeten Obligationen bezahlt machen. — Im Jahre 1840 klagt die Gemeinde auf Rückgabe der verpfändeten Schuldbriefe gegen Rückzahlung desjenigen Betrags, der nach Abzug des, aus der zu stellenden Zinsenberechnung sich ergebenden, Ueberschusses von dem Kapitale bleiben werde, also gegen Rückzahlung von 2790 fl.

Der Kaufmann K. verlangt jedoch die Bezahlung von 3000 fl.

CCCIX. Der Candidat Birnbaum in M. hatte im Jahre 1834 für seinen Freund Lux in G. eine von demselben bereits aufgegebene Schuldforderung von 100 Thlrn. beigetrieben. Er meldete ihm dieß brieflich mit dem Zusatze, er möge ihm doch das Geld einstweilen lassen, da er jetzt in sehr bedrängten Umständen sei. Sobald er eine Anstellung erhalte, was hoffentlich bald geschehen werde, werde er es pünktlich zurückzahlen. L. laufe dabei um so weniger Gefahr, als er, B., in G. einen Grasgarten von 2 Ackern besitze, der seit 3 Jahren dem X. nur für 200 Thaler (welche X. zu 5 Proc. ihm dargeliehen), also nur für $^{2}/_{3}$ seines Werths antichretisch verpfändet sei; das noch freie Drittel solle für die fraglichen 100 Thlr. haften.

Lux erklärte sich hiermit einverstanden und wandte sich sofort an X., der ihm für 200 Thlr., die ihm L. zahlte, sein Pfandrecht an dem Garten cedirte. L. ließ darauf mehrere Jahre hindurch das Gras in dem Garten für sich hauen und löste dafür, wie auch sein Vorbesitzer X., jährlich im Durchschnitte 15 Thaler.

Als im J. 1844 Birnbaum endlich eine Pfarrstelle erhielt, verlangt er von den Erben des inzwischen verstorbenen Lux die Herausgabe des Gartens gegen Zahlung von 235 Thalern, indem er die seit 10 Jahren von L. und in den 3 vorhergegangenen Jahren von X. über das ausbedungene Zinsquantum bezognen Früchte von dem Kapitale abrechnen will.

Die Erben des L. wollen nur gegen Rückzahlung von 300 Thalern den Garten restituiren.

Entscheidung.

Reproduction

§. 321.

CCCX. Der Actuar A. zu N. hatte sich einen Wagen bauen lassen, zu dessen Unterbringung es ihm an Gelaß fehlte. Der dortige Kaufmann B. erbot sich daher aus Gefälligkeit und um dem A. aus dieser Verlegenheit zu helfen, ohne Entgeld zu gestatten, daß jener Wagen in seine Scheune gestellt werde. A. ließ nun den Wagen, als dieser Ende Mai 1849 in N. ankam, in die Scheune des B. bringen; Letzterer behielt den Schlüssel der Scheune an sich, ließ ihn aber dem A., so oft derselbe den Wagen brauchte, verabfolgen.

Am 1. Juni 1849 Morgens fuhr A. nach X., kam Abends gegen Mitternacht nach Hause, ließ den Wagen in die Scheune bringen und behielt den Schlüssel an sich.

Tags darauf wollte er den Wagen reinigen lassen, fand jedoch den Wagen in der Scheune nicht vor. Auf Nachfrage ergab sich, daß B. mit demselben in der Nacht nach Z. gefahren war, wo er verschiedene Geschäfte zu besorgen hatte, weshalb er den ganzen Tag dort verweilen mußte. Den Wagen hatte er inzwischen bei einem Bekannten in Z., dem T., eingestellt. Dieser machte während B's Abwesenheit Gebrauch von dem Wagen und fuhr damit aus, wurde umgeworfen und der Wagen erlitt dadurch bedeutende Beschädigungen. Als darauf B. mit dem so beschädigten Wagen nach N. zurückkam, verlangte A. von ihm Ersatz des Schadens. B. verweist ihn jedoch deshalb an T. als den Urheber des Schadens. —

CCCXI. Der Kaufmann Gebhard zu M. ist Spediteur für das Handlungshaus Rothard in Nürnberg, nimmt als solcher gegen die üblichen Spesen und Provision die für R. von Bremen kommenden Waaren in Empfang, läßt sie in der dasigen öffentlichen Niederlage verwahren und befördertsie an R., sobald es von demselben verlangt wird.

Das Handlungshaus R. steht mit dem Banquier Friedrich in A. dergestalt in Geschäftsverbindung, daß es vom Letztern von Zeit zu Zeit Darlehen empfängt.

Am 15. Nov. 1838 beauftragt R. den Kaufmann G., dem Banquier F. 25 Fässer amerikanischer Tabacksstengel, welche für R. bei G. lagerten, bis auf Weiteres zur Verfügung zu stellen. Hiervon setzte G. den F. in Kenntniß, worauf F. am 11. Januar 1839 brieflich antwortete, „daß er sich diese Dispositionsstellung wohlgehend bemerkt habe," indem er zugleich um Angabe des Werths der Tabacksstengel bat, welcher ihm darauf von G. auf 5000 fl. angegeben wurde.

Am 8. Nov. 1839 erhielt G. anderweite Ordre von R. dahin, die 25 Fässer unmittelbar an ihn zu senden. Er kam dieser Ordre nach, ohne daß F. davon in Kenntniß gesetzt wurde. Im Juli 1841 erkundigt sich Friedrich bei G. nach dem jetzigen Werthe der Tabacksstengel; er finde sich, da R. die ihm dafür cedirte Summe nicht gezahlt hätte, in die Nothwendigkeit versetzt, sich an diese Waaren zu halten. Gebhard antwortet ihm hierauf, jene 25 Fässer seien bereits vor anderthalb Jahren

unmittelbar an R. in Nürnberg abgegangen, es bleibe ihm jedoch überlassen, sich wegen eines andern bei ihm gegenwärtig für R. lagernden Tabacksvorraths mit Rothard zu verständigen, und so die ihn (Gebhard) sichernden Maßregeln zu treffen.

Friedrich schreibt ihm jedoch, einer weitern Vernehmung mit R. bedürfe es gar nicht, denn der Kaufpreis für jene Tabacks-Quantität sei bereits bezahlt, der jetzt lagernde Taback aber sei an die Stelle der ursprünglich gekauften 25 Fässer getreten, so daß er deren Eigenthümer (bis zum Betrage seiner Forderung) geworden sei. — Gebhard weigert sich jedoch der Herausgabe, so lange er von R. keine Ordre habe.

In Folge dessen klagt Friedrich gegen Gebhard mit der actio depositi auf Herausgabe der bei ihm lagernden 25 Fässer Taback, eventuell auf deren Werth. Als Begründung führt er an, daß Beklagter ihm im November 1838 die fraglichen Waaren zur Disposition gestellt, mithin von diesem Augenblicke an in Klägers Namen — als dessen Depositar — besessen habe und noch besitze.

---

§. 323 — 326.

CCCXII. Der Kaufmann Göhring ertheilte am 11. März 1837 dem Handlungshause Schmidt in Hamburg durch dessen Reisenden den Auftrag, 120 Packen Nordamerikanische Baumwolle zu dem Preise von 7 — 7¼ Schilling für das Pfund gegen Provision von 1½ vom Hundert des Kaufpreises und der Unkosten für Göhring zu kaufen, den Kaufpreis und die Unkosten für ihn zu berichtigen und die gekauften Waaren an das Handlungshaus W. in Harburg zur Weiterbeförderung abzusenden. Dieser Auftrag sollte bis zum 21. März wirksam sein. Das Handlungshaus Schmidt meldete dem Auftragertheiler in einem am 17. März geschriebenen Briefe die Annahme der Commission, fügte jedoch in einer Nachschrift hinzu, der Einkauf der Waare zu dem vorgeschriebenen sehr geringen Preise von 7 — 7¼ Schilling à Pfund sei ihnen bisher noch nicht gelungen, sie würden indessen ihre Bemühungen fortsetzen und sobald der Einkauf bewerkstelligt, dem Committenten sofort Nachricht zukommen lassen.

Am 20. März kaufte das Haus Schmidt die 120 Packen Baumwolle zu 7¼ Schilling für das Pfund und ließ dieselben vorschriftsmäßig am 23. März an W. in Harburg abgehen. Dieselben wurden auch an G. abgeliefert; derselbe weigert sich aber der Bezahlung des liquidirten Betrags von 15,709 M. Banko unter dem Vorgeben, schon in der Zeit vom 11. bis 14. März sei nach Berichten aus Liverpool der Preis derjenigen Sorte nnd Qualität Baumwolle, welche Schmidt für ihn gekauft, bis auf 6 Pence pro Pfund herabgesunken, so daß die Waaren bereits am 19. März in Harburg für 6⅝ Schilling zu kaufen gewesen wären. Er sei daher erbötig, die Waaren zurückzusenden. Im höchsten Falle könne er sich zur Zahlung des nach Abzug von ⅝ pr. Pfund bleibenden Restes verstehen.

CCCXIII. Im März 1844 erhielt der Kaufmann Reibstein in Y. Nachricht von dem Handlungshause B. in Cassel, daß ein an dieses adressirter, 58 Thaler in Cassenscheinen enthaltender Brief nicht angekommen sei. Der Brief war nach §. 15 der Postordnung verschlossen und auf dessen Adresse war der Inhalt declarirt gewesen. R. hatte denselben am 20. Nov. 1843 durch seine Dienstmagd auf das Postamt zu Y. tragen lassen, wo er der Letztern durch den Postschreiber H., welcher im Privatdienste des Postmeisters Schütz stand, abgenommen worden. R. hatte sich deshalb bei der Oberpostdirection beschwert, jedoch ohne Erfolg, da der Postmeister Schütz ganz in Abrede gestellt hatte, den fraglichen Brief erhalten zu haben.

Reibstein klagt daher unter Anführung der erwähnten Thatsachen gegen Schütz auf Wiederherbeischaffung des besagten Briefes oder Ersatz des angegebnen Werthes desselben.

Der Beklagte sucht die Unstatthaftigkeit der Klage aus folgenden Gründen nachzuweisen:

1) Wer auf der Post einen Brief zur Beförderung abgebe, schließe nicht mit dem Postmeister, sondern mit dem Staate, als Inhaber der Postanstalt, einen Vertrag ab;

2) um einen Entschädigungsanspruch gegen den Postmeister zu begründen, hätte ein doloses oder culposes Benehmen desselben behauptet werden müssen. Dazu genüge aber noch keineswegs, daß der Privatschreiber desselben, obwohl er denselben allerdings mit Annahme von Geldbriefen für die Post beauftragt habe, sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, was übrigens in der Klage gar nicht behauptet sei, sondern für diesen Fall hätte Kläger den Beweis zu führen, daß Beklagter den H. als einen unzuverlässigen Menschen gekannt. Auch könne Kläger im günstigsten Fall die Cession der dem Beklagten gegen H. zustehenden Klage beanspruchen.

3) In §. 21 der Posttax-Ordnung von 1840 sei bestimmt, daß der Absender einer Geldsendung von mehr als 2 Thlrn. einen Postschein „anzunehmen" habe. Die Klage hätte also auf einen Postschein gestützt werden müssen. Kläger könne aber einen solchen nicht produciren.

Ist die Klage abzuweisen oder ist auf Beweis zu erkennen? —

CCCXIV. Dr. Fink in Z. wollte i. J. 1850 nach H. übersiedeln und mit Rücksicht darauf beschloß er, sein Mobiliar in Z. zu verkaufen. Er beauftragte mit diesem Verkaufe, der erst nach seiner Abreise geschehen sollte, den Kaufmann Anton Schlotter in Z. Dieser äußerte, F. thue ihm einen Gefallen, wenn er den Betrag dafür, den man wohl schon im Voraus auf 250 Thaler anschlagen könne, in Anweisungen auf H. übernehme; auch für die 120 Thlr., die er ihm noch von früher her schulde, wolle er ihm eine Anweisung gleichen Betrags nach H. geben, die Schuldverschreibung, die er darüber in Händen habe, möge er ihm quittirt zuschicken. F. war damit einverstanden und empfing bei seiner Abreise von S. die Anweisungen, eine von 120 Thlrn. auf A., eine andere von 200 Thlrn. auf B. und eine dritte von 50 Thlrn. auf C.

Bei seiner Ankunft in H. ging Fink zuerst zu A.; dieser schrieb unter die Anweisung: „Acceptirt und zahlfähig den 10. Juni 1850." F. meldet darauf dem S. die Acceptation und fügt hinzu, die Schuldverschreibung, die er augenblicklich verlegt habe, werde er ihm nächstens mit Quittung zusenden. Als F. aber am 10. Juni bei A. erscheint, verweigert A. die Zahlung, weil er sich inzwischen überzeugt, daß S. gar keine Forderung an ihn habe.

B. erklärte bei Vorzeigung der Anweisung, es sei ihm angenehm, auf diesem bequemen Wege seine Zahlung an S. leisten zu können, F. möge am andern Tage das Geld holen. F. findet jedoch am andern Tage den B. nicht zu Hause und hört kurz darauf, daß er sich nach Amerika eingeschifft habe. Auch C. hatte sich bereit erklärt, am nächsten Tage zu zahlen. F. findet sich bei ihm ein und noch ehe es zur Zahlung gekommen, tritt ein Bekannter des C. ein mit der Nachricht, daß Schlotter in Z. gestorben sei. Fink erhält sodann die 50 Thaler ausgezahlt.

Wegen der übrigen 320 Thlr. wendet sich F. an den Sohn und Erben Schlotter's, Ernst S. Dieser antwortet ihm jedoch, wegen der auf B. angewiesenen 200 Thlr. habe er sich an diesen zu halten, wegen der 120 Thaler an A. Fink möge ihm die Schuldverschreibung quittirt zuschicken, sonst werde er gegen ihn Klage erheben; überdies verlange er die Rückgabe der von C. einkassirten 50 Thlr., da der Erlös für das verkaufte Mobiliar nur 200 Thlr. betragen habe nnd die Zahlung des C. erst nach dem Tode des S. geschehen sei.

Wie verhält es sich mit den Ansprüchen des Dr. Fink?

Wie mit denen des jungen Schlotter?

CCCXV. Der Freiherr von O. verhandelte längere Zeit mit dem Advocaten W. in Z. über eine Leibrenten-Akte zu 10 Procent, welche W. dem Erstern auf dessen Person von der k. k. Bank in Wien gegen Auszahlung eines Kapitals von 5000 Thlrn. verschaffen sollte, und bekam schließlich von W. einen Versicherungsschein ausgestellt, wodurch sich W. zur Verschaffung der Leibrente verpflichtete.

Nachdem W. gemeldet, daß der fragliche Zweck nur erreicht werden könne, wenn v. O. zuvor das Kapital bei ihm erlegt und den Taufschein eingesandt habe, kam v. O. diesem Verlangen nach und es erfolgte auch die Auszahlung der 5000 Thlr. durch den Referendar Müller in der nahe bei W's Wohnort gelegenen Stadt N. W. hatte dagegen einen Empfangsschein ausgestellt dahin, daß er 5000 Thlr. von v. O. ausgezahlt bekommen, um demselben eine Leibakte zu 7500 fl. C.-M. à 10 Procent von der k. k. Bank in Wien zu verschaffen und daß er sich verpflichte, diese Acte mit Nächstem zu erlangen und gegen diesen Schein auszutauschen. Einige Zeit darauf lieferte W. bei seiner Durchreise durch N. dem Referendar Müller einen Leibrentenbrief aus, und da derselbe den von W. ausgestellten Revers nicht zu Handen hatte, ließ sich W. unter dem Vorgeben großer Eile inzwischen von M. einen Schein dahin ausstellen, „daß W. die Leibrenten-Acte für v. O. abgeliefert und daß der

CCCXIII. Im März 1844 erhielt der Kaufmann Reibstein in Y. Nachricht von dem Handlungshause B. in Cassel, daß ein an dieses adressirter, 58 Thaler in Cassenscheinen enthaltender Brief nicht angekommen sei. Der Brief war nach §. 15 der Postordnung verschlossen und auf dessen Adresse war der Inhalt declarirt gewesen. R. hatte denselben am 20. Nov. 1843 durch seine Dienstmagd auf das Postamt zu Y. tragen lassen, wo er der Letztern durch den Postschreiber H., welcher im Privatdienste des Postmeisters Schütz stand, abgenommen worden. R. hatte sich deshalb bei der Oberpostdirection beschwert, jedoch ohne Erfolg, da der Postmeister Schütz ganz in Abrede gestellt hatte, den fraglichen Brief erhalten zu haben.

Reibstein klagt daher unter Anführung der erwähnten Thatsachen gegen Schütz auf Wiederherbeischaffung des besagten Briefes oder Ersatz des angegebnen Werthes desselben.

Der Beklagte sucht die Unstatthaftigkeit der Klage aus folgenden Gründen nachzuweisen:

1) Wer auf der Post einen Brief zur Beförderung abgebe, schließe nicht mit dem Postmeister, sondern mit dem Staate, als Inhaber der Postanstalt, einen Vertrag ab;

2) um einen Entschädigungsanspruch gegen den Postmeister zu begründen, hätte ein doloses oder culposes Benehmen desselben behauptet werden müssen. Dazu genüge aber noch keineswegs, daß der Privatschreiber desselben, obwohl er denselben allerdings mit Annahme von Geldbriefen für die Post beauftragt habe, sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, was übrigens in der Klage gar nicht behauptet sei, sondern für diesen Fall hätte Kläger den Beweis zu führen, daß Beklagter den H. als einen unzuverlässigen Menschen gekannt. Auch könne Kläger im günstigsten Fall die Cession der dem Beklagten gegen H. zustehenden Klage beanspruchen.

3) In §. 21 der Posttax-Ordnung von 1840 sei bestimmt, daß der Absender einer Geldsendung von mehr als 2 Thlrn. einen Postschein „anzunehmen“ habe. Die Klage hätte also auf einen Postschein gestützt werden müssen. Kläger könne aber einen solchen nicht produciren.

Ist die Klage abzuweisen oder ist auf Beweis zu erkennen? —

CCCXIV. Dr. Fink in Z. wollte i. J. 1850 nach H. übersiedeln und mit Rücksicht darauf beschloß er, sein Mobiliar in Z. zu verkaufen. Er beauftragte mit diesem Verkaufe, der erst nach seiner Abreise geschehen sollte, den Kaufmann Anton Schlotter in Z. Dieser äußerte, F. thue ihm einen Gefallen, wenn er den Betrag dafür, den man wohl schon im Voraus auf 250 Thaler anschlagen könne, in Anweisungen auf H. übernehme; auch für die 120 Thlr., die er ihm noch von früher her schulde, wolle er ihm eine Anweisung gleichen Betrags nach H. geben, die Schuldverschreibung, die er darüber in Händen habe, möge er ihm quittirt zuschicken. F. war damit einverstanden und empfing bei seiner Abreise von S. die Anweisungen, eine von 120 Thlrn. auf A., eine andere von 200 Thlrn. auf B. und eine dritte von 50 Thlrn. auf C.

Bei seiner Ankunft in H. ging Fink zuerst zu A.; dieser schrieb unter die Anweisung: „Acceptirt und zahlfähig den 10. Juni 1850." F. meldet darauf dem S. die Acceptation und fügt hinzu, die Schuldverschreibung, die er augenblicklich verlegt habe, werde er ihm nächstens mit Quittung zusenden. Als F. aber am 10. Juni bei A. erscheint, verweigert A. die Zahlung, weil er sich inzwischen überzeugt, daß S. gar keine Forderung an ihn habe.

B. erklärte bei Vorzeigung der Anweisung, es sei ihm angenehm, auf diesem bequemen Wege seine Zahlung an S. leisten zu können, F. möge am andern Tage das Geld holen. F. findet jedoch am andern Tage den B. nicht zu Hause und hört kurz darauf, daß er sich nach Amerika eingeschifft habe. Auch C. hatte sich bereit erklärt, am nächsten Tage zu zahlen. F. findet sich bei ihm ein und noch ehe es zur Zahlung gekommen, tritt ein Bekannter des C. ein mit der Nachricht, daß Schlotter in Z. gestorben sei. Fink erhält sodann die 50 Thaler ausgezahlt.

Wegen der übrigen 320 Thlr. wendet sich F. an den Sohn und Erben Schlotter's, Ernst S. Dieser antwortet ihm jedoch, wegen der auf B. angewiesenen 200 Thlr. habe er sich an diesen zu halten, wegen der 120 Thaler an A. Fink möge ihm die Schuldverschreibung quittirt zuschicken, sonst werde er gegen ihn Klage erheben; überdies verlange er die Rückgabe der von C. einkassirten 50 Thlr., da der Erlös für das verkaufte Mobiliar nur 200 Thlr. betragen habe nnd die Zahlung des C. erst nach dem Tode des S. geschehen sei.

Wie verhält es sich mit den Ansprüchen des Dr. Fink?

Wie mit denen des jungen Schlotter?

CCCXV. Der Freiherr von O. verhandelte längere Zeit mit dem Advocaten W. in Z. über eine Leibrenten-Akte zu 10 Procent, welche W. dem Erstern auf dessen Person von der k. k. Bank in Wien gegen Auszahlung eines Kapitals von 5000 Thlrn. verschaffen sollte, und bekam schließlich von W. einen Versicherungsschein ausgestellt, wodurch sich W. zur Verschaffung der Leibrente verpflichtete.

Nachdem W. gemeldet, daß der fragliche Zweck nur erreicht werden könne, wenn v. O. zuvor das Kapital bei ihm erlegt und den Taufschein eingesandt babe, kam v. O. diesem Verlangen nach und es erfolgte auch die Auszahlung der 5000 Thlr. durch den Referendar Müller in der nahe bei W's Wohnort gelegenen Stadt N. W. hatte dagegen einen Empfangsschein ausgestellt dahin, daß er 5000 Thlr. von v. O. ausgezahlt bekommen, um demselben eine Leibakte zu 7500 fl. C.-M. à 10 Procent von der k. k. Bank in Wien zu verschaffen und daß er sich verpflichte, diese Acte mit Nächstem zu erlangen und gegen diesen Schein auszutauschen. Einige Zeit darauf lieferte W. bei seiner Durchreise durch N. dem Referendar Müller einen Leibrentenbrief aus, und da derselbe den von W. ausgestellten Revers nicht zu Handen hatte, ließ sich W. unter dem Vorgeben großer Eile inzwischen von M. einen Schein dahin ausstellen, „daß W. die Leibrenten-Acte für v. O. abgeliefert und daß der

ausgestellte Interimsschein über den Empfang der 5000 Thlr. hiermit für mortificirt erklärt und in den ersten Tagen zurückgeliefert werden solle.

Später stellte sich nach eingezogenen Erkundigungen heraus, daß die von W. abgelieferte Leibrentenversicherung für v. O. nicht eine von der k. k. Bank in Wien ausgestellte, sondern ein von den Direktoren, Gebrüdern B., auf ihr eigenes Vermögen versichertes Leibrenten-Instrument sei, wobei dieselben ihr gesammtes auf 200,000 fl. sich belaufendes Vermögen in Galizien verpfändet hatten. Dabei war jedoch das abgelieferte Instrument unter dem großen Siegel der k. k. Bank zu Wien ausgefertigt, auch von dem Oberdirectorium bestätigt und die jährlich fallenden Leibrenten sollten von der k. k. Bank aus dem bei ihr niedergelegten Vermögen der Gebrüder B. ausgezahlt werden. Ueberhaupt hatte das Document eine auffallende Aehnlichkeit mit einer von der Bank unmittelbar ausgestellten und konnte nur Jemand, der genaue Kenntniß eines solchen Akts der letztern Art hatte, den Irrthum entdecken. Daher blieb auch v. O. beinahe ein Jahr lang in dem Irrthum, daß er eine Versicherung, wie er sie gewünscht, besitze und erkundigte sich bei W. nach der Hebung der fälligen Leibrenten.

Erst als durch die Zeitung der Bankerott der Brüder B. bekannt wurde und auch alle diejenigen, welche von denselben Leibrentenverschreibungen erhalten, edictaliter citirt wurden, bemerkte v. O. seinen Irrthum und meldete sich bei dem B'schen Concurse, jedoch unter Vorbehalt der Klage und aller seiner Rechte gegen W. Nachdem sich hierauf ergeben, daß v. O. aus dem Concurse Nichts erlangen könne, klagt derselbe gegen W.

CCCXVI. Zu Ende Juni 1845 beauftragte der Kaufmann Liebeskind in Leipzig das Handlungshaus Morelli in Triest, 100 Faß Rosinen für ihn auf der Insel Cismé einzukaufen und zwar 50 F. sogenannte Erstlinge, welche sofort nach Hamburg geschickt werden und 50 Faß, welche erst mit späterer Ladung nach Stettin gehen sollten. In Bezug auf die erstern 50 F. ging Alles in Ordnung, wegen der spätern Ladung jedoch widerrief L. bereits zu Anfang October seinen Auftrag durch einen Brief an M.

Dessenungeachtet erhielt er auch die zweite Sendung über Stettin zugefertigt und wurde von M. um deren Bezahlung gemahnt. Da L. sich derselben weigerte, so ward er von M. verklagt. Er machte nun zwar gegen diese Klage geltend, daß er zu einer Zeit widerrufen habe, wo der Auftrag noch nicht besorgt gewesen sei, oder wo wenigstens dergleichen Commissionen noch nicht besorgt zu sein pflegten; nur zum Ersatz des Aufwandes, der dem Kläger zur Zeit, wo er den widerrufenden Brief erhalten, erwachsen gewesen, könne er verpflichtet sein und zu dessen Leistung sei er erbötig, — allein der Kläger bemerkt ihm dagegen, er habe, um sich ein Schiff zu sichern, ein solches schon im Spätsommer miethen müssen im eignen Interesse seines Committenten. Als der Widerruf ihm zu Händen gekommen, sei das Schiff längst abgegangen gewesen

mit der Anweisung, in einem benachbarten Hafen die ersten Einkäufe in Cismé abzuwarten, um alsdann billiger kaufen zu können. Vielleicht sei damals sogar schon der Einkauf durch Klägers Factor in C. bewirkt gewesen. Jedenfalls sei nicht mehr rés integra gewesen und darum habe auch dem Beklagten sein Widerruf Nichts helfen können.

Ist der Beklagte ohne Weiteres zu verurtheilen, oder ist zuvor noch zu ermitteln, ob zu der Zeit, als Kläger von dem Widerruf erfuhr, die Rosinen bereits eingekauft waren, oder ob wenigstens der Einkauf damals nicht mehr von M. gehindert werden konnte?

Wenn ein solcher Beweis nöthig wäre, wen träfe dabei die Beweislast? —

§. 327 — 329.

CCCXVII. Christian Vetter bat den Kirchenvorsteher Neumann, welcher die Kasse und Rechnung führte, um ein Darlehn von 100 Thlrn. zu 4 Procent. Da sich nun in der Kirchen-Casse nur 50 Thlr. vorfanden, so legte N. die fehlenden 50 Thlr. aus seiner eignen Kasse hinzu, da V. ihm dringend vorstellte, er brauche jetzt für den Augenblick das Geld. Der Schuldschein, den N. mitgebracht hatte, war auf die Kirche zu N. als Gläubigerin gestellt. Schon im folgenden Jahre trat N. von seinem Amte als Kirchenvorsteher ab und an seine Stelle Z. An diesen bezahlt V. die Zinsen und ein Jahr später auch das Kapital von 100 Thlrn.

Neumann will nun seine 50 Thlr. wieder haben.

Welche Klage muß er anstellen?

Gegen wen — gegen die Kirche, gegen Z., oder gegen Vetter? —

Eine Klage gegen Vetter würde freilich dem N. Nichts helfen, da V. in Concurs verfallen ist.

Kommt Etwas darauf an, ob V. wußte, daß N. die 50 Thlr. aus seiner eignen Kasse nahm?

CCCXVIII. Das nach der Leipziger Schlacht i. J. 1813 von den drei verbündeten Mächten im Königreiche Sachsen eingesetzte, die höchste Gewalt in Sachsen provisorisch ausübende Generalgouvernement erließ im Februar 1814 den Befehl, den Domherrn X. zu Z. als einen Verräther und Spion aus der Liste des Domcapitels daselbst förmlich ausstreichen und seine Pfründe sofort ordnungsmäßig einem Andern übertragen zu lassen. Dieser Anordnung wurde auch von dem Domcapitel in Z. Folge geleistet und X. aus dem Capitel ausgestoßen. Seine Pfründe wurde durch capitelmäßige Option und Collation auf M. übertragen und von demselben wurden auch die damit verbundenen Einkünfte bis zu dem 1823 erfolgten Tode des X. bezogen. Schon im J. 1820 war jedoch durch rechtskräftiges Erkenntniß die Ausstoßung des X., als widerrechtlich geschehen, wieder aufgehoben, derselbe in seine Domherrnstelle und alle damit verbundenen Pfründen und Vortheile, als wenn seine Entsetzung niemals erfolgt wäre, wieder eingesetzt und zugleich

ihm die Ausführung seiner Entschädigungsforderung gegen das Domcapitel oder dessen einzelne Mitglieder in separato vorbehalten worden. Mit der hierauf gegen das Domcapitel erhobenen Entschädigungsklage war X. abgewiesen worden.

Im J. 1824 klagten nun die Erben des X. gegen M. auf Herausgabe des seit der Ausstoßung des X. bis zu dessen Tode vom Beklagten aus den Pfründen, welche dem X. widerrechtlich entzogen worden, genossenen Gewinnes. Die Kläger führten in ihrer Klagschrift an, ihre Klage müsse entweder als condictio sine causa oder als actio de in rem verso oder als actio negotiorum gestorum directa aufrecht erhalten werden.

CCCXIX. Kann in dem oben Nr. LXVII referirten Falle die Wittwe, wenn ihr der Anspruch auf die Pension zuerkannt wird, gegen die geschiedene Frau auf Herausgabe der inzwischen unrechtmäßiger Weise bezogenen Pension (im Betrag 708 Thlr.) klagen?

Kann der Staat auf die Rückgabe der 708 Thlr. klagen?

CCCXX. Der Rathskellerpachter Philips in T. bestellte bei dem Weinhändler Märker in W. zwei Fässer Wein für 120 Thlr. Dieselben wurden auch durch den Spediteur Ortmann in L. an P. abgesandt; der Letztere verweigerte jedoch die Annahme und der Fuhrmann nahm daher die Fässer wieder mit nach L. zurück, wo er sie dem Spediteur O. wieder übergab. Dieser setzte M. sofort davon in Kenntniß und forderte ihn auf, über den Wein zu verfügen. Er erhielt darauf von M. zur Antwort:

„Die beiden Fässer Wein, welche ich vermöge Frachtbriefes an Herrn „P. in T. gesandt, sind nur auf dessen Rechnung in Ihrer Verwah„rung, indem ich genügenden Ausweis über die gemachte Bestellung „besitze. Wie Sie nun die Sache gegen P. einleiten, kann ich nur le„diglich Ihnen überlassen."

In Folge davon schrieb O. an P., dieser verweigerte jedoch wiederholt die Annahme. Ein anderweiter Brief, den O. deshalb an M. schrieb, und worin er erklärte, falls binnen 14 Tagen keine Antwort erfolge, werde er den Wein öffentlich versteigern lassen, blieb unbeantwortet. O. wartete hierauf noch 11 Monate, als er aber dann noch immer keine Nachricht von M. hatte, so ließ er den Wein notariell durch Sachverständige untersuchen, wobei derselbe sehr kahnig befunden wurde, so daß er nur durch Auf- und Umfüllen vor völligem Verderben gerettet werden konnte. Dieß Letztere geschah denn auch. Da jedoch dem Spediteur seine eigne Forderung an Spesen u. s. w. durch den Zustand des Weines gefährdet schien, so ließ er diesen nach einiger Zeit nochmals untersuchen und würdern und da hierbei der Wein theils von essigähnlichem, theils von dumpfigem Geschmack befunden wurde, so ließ er denselben notariell versteigern; der Erlös deckte noch nicht einmal die Spesen.

Inzwischen hatte M. gegen P. geklagt und Letzterer war zur Abnahme des Weins gegen Zahlung des Preises rechtskräftig verurtheilt worden. Als nun aber M. an Ortmann schreibt und ihn auffordert, jetzt den bei ihm lagernden Wein an Philips abzusenden, so schreibt ihm O. wieder, jetzt sei es ihm unmöglich, da er den Wein habe öffentlich versteigern lassen. Er könne ihm auch den Erlös nicht übersenden, da derselbe nicht einmal zur Deckung der Spesen gereicht habe.

Kann M. gegen O. klagen?

CCCXXI. Der Kaufmann Engelhard in E. bat den Oeconomen Lenz, der nach M. fahren wollte, dort bei dem Handelsmann Thon Waaren im Betrag von 120 Thlrn. zu nehmen und ihm nach E. zu bringen. Für die Bezahlung wolle er, E., schon sorgen, er stehe mit T. in laufender Abrechnung. Es liege ihm aber sehr viel daran, daß dieser Auftrag besorgt werde.

Lenz kommt nach M., geht zu Thon und verlangt die von E. gewünschten Waaren. Diese werden ihm auch vorgelegt, T. bemerkt jedoch, er könne sie nur gegen baare Bezahlung geben; dabei beharrt er auch, als Lenz ihm erklärt, er kaufe die Waare im Auftrage des E. Da nun Lenz glaubt, dem E. liege vor Allem daran, die Waaren zu haben, so bezahlt er die 120 Thlr. aus seinem Beutel. Als er nach E. zurückkommt und dem E. die Waaren schickt mit der Bemerkung, er habe den Preis dafür an T. ausgelegt, schreibt ihm E. wieder, wenn er den Preis ausgelegt, so möge er sehen, wo er ihn wieder bekomme. Er, E., habe ihn dazu nicht beauftragt. Es habe ihm lediglich daran gelegen, sich für eine Forderung an T. durch Waaren bezahlt zu machen, weil er gehört, daß dieser dem Concurse nahe sei. Mithin sei ihm vor Allem darum zu thun gewesen, auf Credit zu kaufen.

Was wird aus der Sache? — Kann L. die Zahlung ersetzt verlangen? Muß ihm E. die Waare zurückgeben?

CCCXXII. Im Jahre 1837 erhob Anna Margarethe Klein gegen A. J. B. als natürlichen Vormund seines, damals noch unmündigen Sohnes Christian Wilhelm B. eine Klage unter dem Anführen, daß Christian Wilhelm B. der Vater eines von ihr geborenen unehelichen Kindes sei, für welches sie Alimentation verlangte. Den über den Klagegrund zugeschobenen Eid schwor der angebliche Schwängerer ab und in Folge davon wurde der Beklagte freigesprochen. Darauf stellte am 8. Mai 1838 der Vater der A. M. K., Johann Friedrich Klein, als Altersvormund des unehelichen Kindes seiner Tochter in dessen Namen eine Klage an gegen den inzwischen mündig gewordenen Christian Wilhelm B. auf jährliche Alimente von 12 Thlrn. Der Beklagte setzte der Klage die exceptio rei judicatae entgegen und in Folge dessen wurde die Klage rechtskräftig in der angebrachten Maaße abgewiesen.

In der Mitte des Jahres 1847 klagt nun Johann Friedrich Klein, jetzt aber in eignem Namen und zwar mit der actio negotiorum gestorum auf 206 Thlr. bisher für den Beklagten ausgelegte (jährlich zu 20 Thlr. gerechnete) Alimentengelder.

Der Beklagte setzte auch dieser Klage die exceptio rei judicatae entgegen, außerdem aber wandte er gegen die Zulässigkeit der actio neg. gest. ein:

1) es sei vom Kläger kein negotium *alienum* geführt worden, denn die Alimentation sei Klägers eignes negotium gewesen; auch könne man nicht sagen, es sei zugleich auch negotium des Beklagten, denn Letzterer sei ja in den früheren Processen stets freigesprochen worden.

2) Jedenfalls habe es dem Kläger an dem *animus* negotium alienum gerendi gefehlt, denn zwischen Großvater und Enkel müsse die praesumtio donationis Platz greifen:

l. 34 de neg. gest. (3, 5) S. oben zu Nr. 303.

3) Nur aus einem solchen negotium könne ein klagbarer Anspruch erwachsen, welches der Beklagte, wenn er anwesend gewesen, selbst besorgt haben würde.

l. 1 D. de neg. gest. Ulp.:
Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas *absentium* versatur.

Dieß lasse sich jedoch bei der Weigerung des Beklagten in den frühern Processen nicht annehmen.

Eben wegen dieser Weigerung stehe Beklagter demjenigen gleich, der die negotiorum gestio verboten habe.

c. 24 Cod. de neg. gest. (2. 19).

Der Kläger bemerkt:

1) gegen die Statthaftigkeit der exceptio rei judicatae, die früheren Processe seien zwischen andern Parteien und über alia res, nämlich die Alimentation geführt worden.

2) Im Uebrigen bezweifelt er die Richtigkeit des gegen die Zulässigkeit der a. neg. gest. Vorgebrachten mit Bezug namentlich auf

l. 49 s. fin. D. de neg. gest. Afric.:
Sicut ex contrario in me tibi daretur (sc. n. g. a.)), si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, *res tuas proprias legatas* solvisses, quandoquidem *ea solutione liberarer*.

Sollte aber diese Klage als actio *negot. gestorum* nicht zugelassen werden, so müßte sie doch aufrecht zu erhalten sein als Schädenklage, weil nämlich den Kläger nur deshalb die Alimentationspflicht getroffen, weil Beklagter, indem er den ihm zugeschobenen Eid abschwor, sich seiner Verbindlichkeit entzogen hatte.

In seiner Duplikschrift bemüht sich der Beklagte, die Statthaftigkeit der exceptio rei judicatae zu vertheidigen und macht zu diesem Zwecke besonders geltend, daß es sich hier um *jura status* handle, wobei bekannt-

lich die Wirksamkeit der res judicata nicht auf die ursprünglichen Parteien beschränkt sei.

l. 1 §. 16 D. de agnosc. et al. lib. (25. 3) Ulp.

Plane si denunciante muliere negaverit *ex se esse praegnantem* tametsi custodes non miserit, non evitabitur, quominus quaeratur, an ex eo mulier praegnans sit. Quae causa si fuerit acta apud judicem et pronunciaverit, cum de hoc agetur, quod ex eo praegnans fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, *esse suum.*

l. 2 D. eod. Julianus:

In omnibus causis, quare et fratribus suis consanguineus erit.

l. 3 pr. D. eod. Ulp.:

Sive contra pronunciaverit, *non fore suum*, quamvis suus fuerit. Placet enim ejus rei judicem jus facere; et ita Marcellus libro septimo Digestorum probat. Eoque jure utimur.

CCCXXIII. Nachdem am 19. März 1813 auf Befehl der französischen Generalität, welche damals Dresden besetzt hielt, zwei Bogen und ein Pfeiler der dortigen Elb-Brücke vermittelst eingelegter Pulver-Minen gesprengt worden waren, um die auf das rechte Elbufer vorrückenden russischen und preußischen Truppen abzuwehren, wurden nach geschehener Besetzung der Stadt durch die letzteren auf Anregung der russischen Militärbehörden die zerstörten Brückentheile durch einen hölzernen Interim-Einbau aus der Dresdener Brückenamts-Kasse ergänzt und ebenso wurde im Mai dess. J., als dieser Interims-Einbau bei dem Abzug der Russen von diesen abgebrannt worden, anstatt desselben eine sog. Bockbrücke aus derselben Kasse erbaut.

Noch in demselben Monate jedoch wurde durch höchstes Rescript dem Stadtrathe die Herstellung einer solidern hölzernen Interimsbrücke aufgegeben, wozu dieser sich zwar bereit erklärte, jedoch Unzulänglichkeit an bereitliegenden Geldern vorschützte. Darauf hin wurde dem Stadtrathe durch königl. Rescript der einstweilige Vorschuß der zu dem Interimsbau erforderlichen Kosten aus der königl. Rentkammer bewilligt, von welcher in Folge davon der Stadtrath durch den Verwalter des Brückenamts, Bürgermeister C., im Ganzen 18600 Thaler erheben ließ, worüber der regierende Bürgermeister ein Vorschußbekenntniß ausstellte.

Schon im Frühjahre 1814 ordnete jedoch das für die vereinten Mächte dem Lande vorgesetzte General-Gouvernement die sofortige Wiederherstellung der steinernen Brückenbogen an auf Grund eines Gutachtens von Sachverständigen, welches dahin ging, daß, da mit Sprengung der Brücke sich ein Schuttdamm gebildet, der zur Wiederherstellung der Wasserfahrt geräumt werden müsse, es rathsam sei, daß die Wiederherstellung vorangehe, weil auf diese Weise bei dem Wiederaufbau der Brückenbogen ein Aufwand von ungefähr 4200 Thlrn. erspart werden könne. Demgemäß wurde an die fiscalische Behörde verfügt, die Ausführung des Baus solle mit Vorbehalt der Rückforderung einstweilen auf Rechnung der Staatskasse erfolgen, was darauf dem Stadtrathe eröffnet wurde.

Dieser Verfügung entsprechend wurde noch im Sommer 1814 durch das königl. Bauamt einstweilen mit Staatsmitteln die Wiederherstellung der Brückenbogen in Angriff genommen und im J. 1815 vollendet, dabei auch alle sonstige Schadhaftigkeit des Brückengebäudes überhaupt reparirt, hingegen der von Seiten des Brückenamts bewirkte Holzeinbau weggenommen. Das Holz desselben im Werth von 387 Thlrn. wurde anderweit verwendet. Die Staatskasse hatte dadurch nach Abzug der Einnahmen einen reinen Aufwand von 34484 Thlrn.

Auf Ersatz des dadurch der Staatskasse verursachten Aufwands klagte im J. 1820 der Procurator des Staatsfiscus gegen die Commun der Stadt Dresden mit der actio negotiorum gestorum, welche er folgendermaaßen begründete: die Commun Dresden sei unbestritten seit Menschengedenken Eigenthümerin der Elbrücke und habe folglich den Schaden zu tragen, der durch die Sprengung der Brücke entstanden sei, denn: casum sentit dominus. Wer also diese Brücke wiederhergestellt, der habe die negotia der besagten Commun utiliter gerirt und könne mithin die Wiedererstattung des Aufwands von ihr verlangen — um so mehr, da diese Wiederherstellung im Willen der Stadt gelegen, denn der Stadtrath habe sich ja dem Ministerium gegenüber dazu bereit erklärt und sich nur mit Unzulänglichkeit der Geldmittel entschuldigt.

Die beklagte Commun entgegnet hierauf:

1) die Behauptung, daß die Stadt Dresden Eigenthümerin der Elbbrücke sei, enthalte eine rechtliche Unmöglichkeit und könne daher nicht einmal auf Beweis dieser Behauptung erkannt werden. Denn ein Gebäude könne weder dem Besitze noch dem Eigenthume nach einem Andern zustehen, als dem Besitzer oder Eigenthümer des Bodens, auf dem es ruhe, also könne auch die Brücke keinen andern Eigenthümer haben, als den Eigenthümer des Elbgrunds. Dieser sei aber der Staat, da die Elbe ein öffentlicher Fluß sei, mithin auch ihr Flußbett, wie sie selbst im Eigenthume des Staats sein müsse.

Höchstens könne der Stadt Dresden das Recht eines superficiarius an der Brücke zustehen. Dieß sei aber in der Klage nicht behauptet.

2) Damit eine Geschäftsführung denjenigen, für welchen sie unternommen wird, verbindlich mache, werde vorausgesetzt, daß der Letztre abwesend oder sonst verhindert gewesen, das fragliche Geschäft selbst zu besorgen

l. 1. 2 D. de neg. gest. (3. 5).

Von einer solchen Verhinderung des Magistrats sei jedoch in der Klage Nichts gesagt.

3) Daß die negotiorum gestio im Willen der Stadt gelegen habe, könne keineswegs daraus gefolgert werden, daß der Magistrat, als ihm die Errichtung einer Interimsbrücke aufgegeben worden, sich dazu bereit erklärt habe. Denn das Aufgeben konnte sich auch bloß auf die Leitung des Baus oder Vorschuß der Geldmittel beziehen, und demgemäß war dann auch das Bereiterklären nur davon zu verstehen.

4) Da, wie Kläger selbst angeführt, der Bau die Mittel der Stadt

überstiegen habe, so sei schon deshalb die Geschäftsführung keine nützliche gewesen:

l. 10 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5). Ulp.:

Quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit (inquit) dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet. Is enim negotiorum gestorum (inquit) habet actionem, qui *utiliter* negotia gerit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur. —

Der Kläger glaubt, alle diese Einwände beseitigen zu können durch die Behauptung, es liege der Stadt Dresden die Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung der Brücke ob. Diese Verpflichtung folge:

1) aus dem sogenannten Gnadenbrief Markgraf Friedrich's vom 24. Juni 1311, weil darin der Stadt D. der Brückenzoll und gewisse andere Einkünfte überlassen worden, um davon die Unterhaltung der Brücke zu bestreiten;

2) aus der verjährte Zeit hindurch fortgesetzten Einnahme jener Zölle und Einkünfte;

3) daraus, daß die Stadt D. seit Jahrhunderten sowohl aus eigener Bewegung, als auf landesherrliche Anordnung die Brücke unterhalten, vervollständigt und verbessert habe, wenn sich auch nicht gerade ein gleicher Fall eines wirklichen Neubaus bis auf den Grund vernichteter Theile nachweisen lasse.

4) Ganz entscheidend wider beklagte Stadt spreche die Quittung, welche der Bürgermeister C. über 18600 Thlr., die er aus der Rentkammer habe erheben lassen, ausgestellt, weil jene Summe in der erwähnten Quittung als „Vorschuß" bezeichnet sei. —

CCCXXIIIa. Die Dorfschaft Sendhausen, welcher ganz freie, von regimineller Genehmigung unabhängige Verwaltung ihrer Angelegenheiten zusteht, schaffte nach vorgängigem ordnungsmäßigem Beschlusse fast aller versammelten stimmfähigen Mitglieder eine neue Feuerspritze an, bezahlte dem Fabrikanten derselben die dafür vereinbarte Summe und klagte gegen den einzig mit der Anschaffung der Spritze nicht einverstandenen Landwirth Heinr. D. auf Zahlung von 7 Thlr., als den auf ihn fallenden Antheil an den Kosten. In der Klage ist gesagt, „daß sich dieselbe, da man das vom Beklagten zu Zahlende einstweilen für diesen aus der Gemeindecasse ausgelegt, als actio negotiorum gestorum rechtfertige."

Beklagter wendet sich nun an einen Advokaten um Anfertigung einer Vertheidigungsschrift und bemerkt dabei: Die Beitragsquote sei an und für sich richtig berechnet. Indeß halte er sich zu deren Zahlung deswegen nicht für verpflichtet, weil die Anschaffung der Spritze überhaupt nicht nothwendig gewesen, und für ihn, den Bekl., welcher eigenthümlich eine Spritze besitze, jedenfalls überflüssig sei. Wird der Advokat

sich auf diese Behauptungen — deren Wahrheit vorausgesetzt — berufen können, und was wird sonst noch etwa gegen die Zulässigkeit der Klage einzuwenden sein? Event. hätte eine andere (und welche) Klage angestellt werden können?

§. 331—357.

CCCXXIV. Am 27. März 1843 schloß F. E. mit der 17jährigen T. Z. einen Vergleich ab, worin die Letztere versprach, allen Ansprüchen an E. wegen der Geburts-, Tauf-, etwaigen Begräbniß- und Erziehungskosten hinsichtlich des von ihnen außer der Ehe erzeugten, am 24. März 1842 geborenen Kindes zu entsagen und sich verpflichtete, das Kind aus eigenen Mitteln zu ernähren und zu erziehen; doch behielt sie sich vor, Beklagter solle für den Fall, daß sie aus Mittellosigkeit außer Stande gesetzt werde, ihrem Versprechen nachzukommen, als Vater subsidiarisch verpflichtet bleiben, für das Kind zu sorgen. Zu diesem Vergleiche wurde, da die Z. unter Vormundschaft stand, das obervormundschaftliche Decret ertheilt.

Am 3. August 1843 wurde darauf E. von dem Vormunde des mit der Z. außer der Ehe erzeugten Kindes auf Alimentation in Anspruch genommen. Er berief sich dagegen auf den gedachten Vergleich, und daß in der Klage nicht angeführt sei, — auch nicht hätte angeführt werden können, — daß die Z. unvermögend sei, das Kind selbst zu ernähren und zu erziehen.

Der Kläger replicirte, jener Vergleich mit der Z. sei ohne Beitritt des Vormundes der Z. geschlossen worden, mithin unwirksam gewesen. Der Beklagte meint jedoch, die obervormundschaftliche Zustimmung habe den Mangel jenes Beitritts ergänzt.

CCCXXV. Der Fleischermeister Winkler war Altersvormund der beiden Brüder Meier. Als der eine dieser beiden Brüder seine Volljährigkeit erreicht hatte, jedoch das vormundschaftliche Verhältniß zwischen Winkler und dem andern Bruder Meier noch bestand, gab der Deconom K. dem W. dahin Auftrag, ihm die Grundstücke der Gebrüder M., welche diese gemeinschaftlich mit einander besaßen, feil zu machen und in Kauf zu verschaffen, indem er ihm 20 Louisd'or „als Proxeneticum auf den Fall, daß der Kauf zu Stande komme," versprach. —

Der Kauf kam wirklich zu Stande und wurde von der obervormundschaftlichen Behörde confirmirt. Auch das von K. dem W. versprochene Proxeneticum wurde von den beiden Brüdern M., auch dem zur Zeit des Kaufs noch unmündigen, nachdem derselbe zur Volljährigkeit gelangt, genehmigt. Auch erklärte K. späterhin noch wiederholt, daß er das ihm gegebene Versprechen hinsichtlich der 20 Louisd'or halten werde.

Unter Anführung der vorstehenden Thatsachen klagt der gewesene Vormund W. gegen K. auf das versprochene Proxeneticum von 20 Louisd'or. Ist die Klage statthaft? —

CCCXXVI. A. klagt gegen seinen gewesenen Vormund Stiefel auf Ersatz zweier Kapitalien. Das eine derselben hatte Stiefel dem Kaufmann Bock dargeliehen gegen Cession einer dem B. zustehenden Forderung an M. Sowohl dieser als Bock waren später in Concurs verfallen und so war das Kapital des A. verloren gegangen. Das andre (im Betrag von 400 Thlrn.) hatte Stiefel an P. ausgeliehen gegen hypothekarische Sicherheit an dessen Grundstücken. Auf diesen Grundstücken haftete jedoch noch eine ältere Hypothek für 1000 Thaler. Beim öffentlichen Verkaufe wurden wider Erwarten nur 1200 Thlr. daraus gelöst.

Stiefel setzt dieser Klage entgegen:

1) daß sowohl Bock als M. und P. zur Zeit, als die Kapitalien ausgeliehen worden, im Rufe großer Wohlhabenheit gestanden hätten. Er müßte daher schon aus diesem Grunde von der Haftung freigesprochen werden.

l. 50 D. de adm. et peric. tut. (26, 7).

Si res pupillaris incursu latronum pereat vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset *celeberrimus*, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur.

2) Insbesondere hinsichtlich des Darlehns an P. bemerkt er zu seiner Rechtfertigung, daß dessen Grundstücke kurz vor Ausleihung des Kapitals auf 1450 Thaler und noch einige Jahre später auf 1500 Thlr. taxirt worden.

CCCXXVII. Im Jahre 1813 verstarb der Dr. Groß und hinterließ einige unmündige Kinder. Für diese hatte er in seinem Testamente den Kaufmann Stark zum Vormund ernannt. Derselbe unterzog sich auch der Vormundschaftsgeschäfte und führte die Tutel und Curatel fort bis zur Volljährigkeit seiner Curanden. Jetzt forderten diese den Abschluß der Rechnung und am Ende der deshalb i. J. 1830 eröffneten gerichtlichen Prozeßhandlungen wurde Stark am 25. August 1839 zur Zahlung eines Restes von 3000 fl. rechtskräftig verurtheilt. Im Laufe dieses Rechtsstreits, nämlich am 10. Mai 1834, bestellte Stark dem Kaufmann Klein eine gerichtliche Hypothek an seinem sämmtlichen Vermögen wegen einer Forderung von 10000 fl. Als darauf die Kinder des Dr. Groß in Hinsicht auf jene durch die Rechtskraft liquiden 3000 fl. die Hülfsvollstreckung betrieben, erklärte sich Stark für insolvent. Der Concurs wurde daher über sein Vermögen eröffnet.

Dabei erhob sich Streit zwischen den Kindern des Dr. Groß und dem Kaufmann Klein über die Priorität des Pfandrechts.

Klein macht besonders geltend, daß Stark gar nicht im juristischen Sinne Vormund der Groß'schen Kinder gewesen sei. Derselbe (Stark) war nämlich nicht von der competenten Obrigkeit bestätigt und eingesetzt. Jedoch hatte Stark sich gerichtsnotorisch als Tutor und Curator viele Jahre hindurch gerirt auf Grund seiner testamentarischen Bestellung, war auch als solcher vom Gerichte angesehen und verurtheilt worden.

Entscheidung.

CCCXXVIII. Im Jahre 1838 klagt Georg Neuber gegen Adolph Cramer, über welchen N's Vater früher die Vormundschaft mit geführt hatte, auf Rückzahlung von 30 Louisd'or. Diese Summe, behauptet Kläger, habe Friedrich Cramer, der Vater des Beklagten, von Klägers Vater, Julius Neuber, als verzinsliches Darlehen aufgenommen. Nach dem Tode desselben sei der Beklagte sein alleiniger Erbe geworden.

Der Beklagte entgegnet:

1) Wenn Klägers Vater die eingeklagte Forderung gegen F. C. gehabt hätte, so hätte er nicht sein, des Beklagten, Vormund werden können; mithin müsse schon um dieses Umstands willen die Klage als aus der Luft gegriffen erscheinen.

2) Gesetzt aber auch, es habe dem Julius Neuber wirklich einmal die fragliche Forderung zugestanden, so würde sie doch wieder untergegangen sein durch Uebernahme der Vormundschaft über den Beklagten Seitens des Gläubigers. Denn da er seine Forderung verheimlicht (außerdem würde er nicht haben Vormund werden können), so würde er ihrer, wenn sie ihm auch zugestanden hätte, dadurch verlustig geworden sein.

Diese Voraussetzung, daß sein Vater die Forderung verheimlicht habe, stellt der Beklagte in Abrede mit Berufung auf das Inventar, welches er dem Gerichte vorgelegt und in welchem sein Vater allerdings die Forderung aufgeführt hatte. Das Inventar war zwar nicht vom Mündel, wohl aber von der Obervormundschaft bestätigt. — Außerdem macht Kläger geltend, der Verlust einer heimlichen Forderung beziehe sich nur auf den Fall, wenn blos ein Vormund bestellt sei, könne also hier keine Anwendung finden, da außer seinem Vater noch andre Vormünder bestellt gewesen.

Vgl. Nov. 72 c. 2 (verb.: Non jam solum eum esse fidelem ad impuberum aut adolescentium curam) und c. 4.

CCCXXIX. In einer vom obervormundschaftlichen Gericht geleiteten freiwilligen Versteigerung einer Handlung, welche zu zwei Dritteln dem minderjährigen Kummer, zu einem Drittel dessen Mutter gehörte, wurde die Handlung, welche in der der Versteigerung vorausgegangenen Taxe auf 1500 Thlr. angeschlagen worden, für 1800 Thlr. von dem Vormunde Kummer's, dem X., erstanden. Kurz darauf bot Z. für dieselbe Handlung 2200 Thaler und es ward darauf ein neuer Licitationstermin anberaumt. Kann X. hiergegen potestiren?

CCCXXX. Für den unmündigen Christian Meier war Johann Gottfried Hoier zum Altersvormund bestellt worden, welcher auch bis zu M.'s am 1. August 1793 erreichter Volljährigkeit die Vormundschaft geführt hatte. M. war inzwischen in die Fremde gegangen, später unter das sächsische Militär getreten, jedoch am 5. Mai 1791 desertirt und hatte seitdem Nichts wieder von sich hören lassen.

Als i. J. 1825 H's Sohn, Friedrich Wilhelm H., seines Vaters Haus durch dessen Beerbung als Eigenthum überkam, beschloß er, die

darauf haftenden Hypotheken zu tilgen. Unter diesen befand sich auch eine von Joh. Gottfr. H. am 3. Febrnar 1794 für 100 Thlr. gegen Uebernahme einer gleichen Summe zur Administration bestellte Hypothek. Die Löschung dieser Hypothek beantragte Friedrich Wilhelm H. im September 1833 bei der Vormundschaftsdeputation, indem er dazu bemerkte, der fragliche Posten gehöre einem Abwesenden, von dessen Leben oder Tod durchaus keine Nachricht erlangt werden könne, und sei er deshalb erbötig, die 100 Thlr. gegen Cassation der bestellten Hypothek zu deponiren. Es wurde hierauf von der Vormundschaftsdeputation für Chr. Meier ein Abwesenheitsvormund bestellt. Dieser beanspruchte jedoch von den 100 Thlrn. auch Zinsen zu 5 Proc. seit dem 3. Febr. 1794 und verlangte sogar die Verzinsung dieser Zinsen. Bis dieser Forderung Genüge gethan, verweigerte er die Löschung der Hypothek.

H. opponirte, er sei zur Zinszahlung nicht verpflichtet, da ein Versprechen der Verzinsung von seinem Vater nicht gegeben worden; auch habe der Letztere der 100 Thlr. zur Verwaltung des M'schen Vermögens bedurft, weßhalb von einem Ausleihen derselben nicht habe die Rede sein können. Keinesfalls könne er zur Leistung von Zinseszinsen verpflichtet sein.

Scheinbar spreche zwar für den Gegner

l. 7 §. 12 D. de adm. tut. (26. 7) Ulp.:

Si usuras *exactas* tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet; sane enim parvi refert, utrum sortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint.

Allein gegenüber Justinian's generellem Verbote *(nullo modo licere)* des Anatocismus in c. 28. Cod. de usur. (4. 32) und c. 3 Cod. de usur. r. j. (7. 54) komme eine Pandektenstelle nicht in Betracht. Entscheidung.

CCCXXXI. Nach Beendigung des im Vorhergehenden erwähnten Processes belangte der genannte Friedrich Wilhelm H. seinen Sachwalter, den Advokaten Bauer, wegen der in jenem Processe bewiesenen Nachlässigkeit. Er würde nämlich, sagte Kläger, wenn er die Einrede der Verjährung vorgeschützt hätte, von seinem Constituenten nicht nur die Zahlung von Zinseszinsen, sondern alle und jede Zahlung aus dem fraglichen Schuldposten abgewendet haben. Die Löschung der Hypothek hätte ohne alle Zahlung erfolgen müssen, weil i. J. 1833 sowohl die Schuld-, als die hypothekarische Klage verjährt gewesen sei.

B. entgegnet hierauf, aus dem Nichtvorschützen der erwähnten Einrede sei kein Vorwurf einer Nachlässigkeit zu entnehmen, da

1) jene Einrede dem Kläger gar nicht zugestanden habe. a) Die Klage des Mündels gegen den Vormund sei nämlich erst vom Augenblicke, wo der Letztre die Schlußrechnung abgelegt, der Verjährung unterworfen; eine Schlußrechnung sei aber von dem Vater des Klägers nie gelegt worden. Auch abgesehen davon sei die Einrede der Verjährung unstatthaft gewesen, weil b) gegen einen Abwesenden keine Verjährung

laufe und weil c) anzunehmen, daß H. und sein Sohn, der jetzige Kläger, sich rücksichtlich der Schuld von 180 Thlr. in mala fide befunden, nach der Ansicht mancher Rechtslehrer aber die bona fides zu jeder Art von Verjährung erforderlich sei. Ob das Gericht dieser oder der entgegengesetzten Ansicht Beifall schenken werde, habe er nicht wissen können.

2) Hätte aber auch dem Kläger die gedachte Einrede zugestanden, so würde doch dem Beklagten nicht obgelegen haben, dieselbe besonders aufzustellen und zu verfolgen, da der Richter dieselbe ex officio zu berücksichtigen habe. Auch sei ihm vom Beklagten kein Auftrag gegeben worden, ihn gegen den Anspruch auf die 100 Thlr. zu vertheidigen, sondern derselbe sei freiwillig bereit gewesen, diese Summe zu deponiren. Er würde demnach durch Vorschützen jener Einrede geradezu gegen sein Mandat gehandelt haben.

§. 359.

CCCXXXII. Der Advocat A. war mit B. übereingekommen, daß B. ihm sein Haus abtreten solle, wogegen er von A. ein Grundstück von gleichem Werthe erhalten sollte.

Nachdem dieser Tausch von beiden Seiten vollzogen war, erfuhr A., der bei näherer Besichtigung an dem Hause Verschiedenes auszusetzen gefunden, daß dasselbe gar nicht dem B., sondern dessen Frau gehöre. Er klagt deshalb gegen B. auf Rescission des Tausches, weil B. nicht Eigenthümer des von ihm vertauschten Hauses gewesen, also auch das Eigenthum auf den Kläger nicht habe übertragen können. Da es nun aber doch zum Wesen des Tauschcontractes gehöre, daß von beiden Seiten Eigenthum übertragen werde, so sei der zwischen ihm und B. geschlossene Tausch nichtig gewesen.

l. 1 §. 3 D. de rer. perm. (19, 4) Paulus:

Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem *nullam* contrahere permutationem.

Der Beklagte vertheidigt sich mit der Behauptung, daß er das Eigenthum an dem fraglichen Hause nachträglich erworben habe, wodurch der Mangel der an B. erfolgten Tradition gehoben worden.

A. gesteht diese Thatsache zu, hält sie aber für irrelevant, weil Beklagter erst nach erfolgtem Tausche Eigenthümer geworden, die Gültigkeit des Tausches aber nach denjenigen Umständen beurtheilt werde, die zur Zeit, wo das Geschäft vorgenommen wurde, obwalteten. —

§. 360—364.

CCCXXXIII. K. klagt gegen B. auf Bezahlung von 104 Thlrn., als Kaufpreis für eine Drehmandel und eine Plattglocke, welche B. auf Bestellung an K's Fabrik für jenen vereinbarten Preis erhalten habe. Der Beklagte räumt die Bestellung und den Empfang der erwähnten Gegenstände ein, läugnet aber, daß ein Preis deshalb verabredet worden.

Ist Kläger, wenn er die Verabredung nicht beweisen kann, abzuweisen? Oder ist der Preis durch Sachverständige zu ermitteln?

Kläger behauptet, daß der frühere Zustand der erwähnten Gegenstände wegen Reparaturen und Abänderungen, die Beklagter daran vorgenommen, nicht mehr taxirt werden könne; er erbietet sich daher zum Würderungseide. Ist er dazu zu lassen?

Der Beklagte behauptet, es seien nothwendige Aenderungen gewesen, es liege mithin von seiner Seite keine Verschuldung vor, sondern er habe dabei als negotiorum gestor für den Kläger gehandelt. —

Ist ihm der Beweis dieser Behauptung aufzulegen? —

CCCXXIIIa. Die Handlung B. und R. in M. bestellte brieflich bei dem Tapetenfabrikanten W. in O. am 26. Juni 1856 nach einem beigelegten Muster 30 Stück Tapeten zum Preise von $4^1/_2$ fl. pro Stück mit „dem Ersuchen um baldmöglichste Uebersendung." Am 1. Juli schrieb der Fabrikant, daß er den Bestellbrief am 27. erhalten und die Tapeten, „sobald solche fertig", an die Handlung B. und R. absenden werde. Diesem Briefe folgte ein zweiter vom 9. Juli, der 2 Tage danach an seine Adresse gelangte, folgenden Inhalts: „da ich seit meinem Letzten erst ersehen, daß ich ganz neue Formen zu der bestellten Tapete stechen lassen muß, so können solche nicht vor 5—6 Wochen abgeliefert werden, wovon Sie ihren Besteller in Kenntniß setzen wollen." Die Waare langte darauf am 15. August 1856 bei dem Handlungshause B. und R. in M. an, begleitet mit einem Uebersendungsschreiben vom 13. August und beigelegter Rechnung welche lautet:

„Herrn B. und R. in M.

Deb.	30 Stück Tapeten à 4 fl. 30 kr.	135 fl. — kr.
	1 Kiste	1 „ 24 „
		136 fl. 24 kr.

Ziel 3 Monate oder baar mit 15% Rabatt". u. s. w.

Dieses Schreiben wurde aber von den Empfängern noch an dem Tage seines Eintreffens mit der unter dasselbe gesetzten Bemerkung remittirt, daß die Waare jetzt nicht mehr annehmbar sei, weil der Herzogl. M'sche Hof, der dieselbe bei den Empfängern bestellt habe, nicht bis zum Fertigwerden derselben warten wollen und andere Tapeten genommen habe. Auf die gesandte Kiste haben Empfänger 3 fl. 9 kr. Transportkosten an die Post bezahlen müssen, gegen deren Wiedererstattung dieselbe dem Absender zur Verfügung stehe.

Fabrikant W. verweigerte die Zurücknahme und klagte unterm 1. Septbr. 1856 auf Erlegung des Preises. Beklagte entgegneten:

Die Klage sei zur Zeit unstatthaft, weil es ausdrücklich in der von dem Kläger übersandten Berechnung heiße, daß für den Fall nicht sofort erfolgender Baarzahlung eine Frist von 3 Monaten dazu gegeben sein solle. Die Klage sei aber überhaupt ganz unbegründet, denn Beklagte haben die Tapeten sofort haben wollen, dieses dem Kläger ausdrücklich bei der Bestellung geschrieben, danach eine zusagende Antwort, und im Widerspruche hiermit später die Anzeige erhalten, daß sie noch 5—6 Wochen warten sollen. Da sie nun hierauf nicht eingegangen, so seien

sie auch zur späteren Empfangnahme der Waare und Zahlung nicht verbunden; „Kläger habe die Bedingung der Ankaufsofferte gar nicht angenommen, da auch die Lieferungszeit zur Perfection des Vertrags gehöre", von Beklagten sei auch gegen die Verpflichtung, die Tapeten nehmen zu müssen, sofort und zeitig protestirt.

Kläger behauptet dagegen, daß der Handel in jeder Beziehung perfect geworden, indem gerade aus dem Schweigen der Bekl. auf seinem zweiten Briefe deren Zustimmung zu entnehmen sei. Die Einrede der verfrühten Klage sei völlig unbegründet, denn wenn zwar den Bekl. in der übersandten Rechnung freigestellt sei, entweder sofort unter Rabatt, oder erst nach 3 Monaten zu zahlen, so haben sie sich doch dieser Wahl durch ihre Weigerung, die Waare zu nehmen und überhaupt Zahlung zu leisten, begeben. Deutlich liege dieses auch darin ausgesprochen, daß sie die Perfection des Handels leugnen, denn sie haben dadurch zu erkennen gegeben, daß sie auf keine der ihnen bezüglich der Zahlung gemachten Offerten eingehen.

Entscheidung.

CCCXXXIV. W. verkauft wegen eines beabsichtigten Umzugs sein gesammtes Mobiliar nach einem darüber aufgesetzten Verzeichnisse für den Gesammtpreis von 200 Thalern an K. In dem darüber aufgesetzten Contracte waren als Gegenstand desselben 33 Stück Möbeln mit Bezug auf das zu Grund gelegte Verzeichniß angegeben.

Noch ehe die Uebergabe an K. erfolgt war, ging das verkaufte Mobiliar durch einen zufälligen Brand zu Grunde. W. verlangt dessenungeachtet von K. die Bezahlung des Kaufpreises. Der Letztere weigert sich, weil der Kaufvertrag nach Stückzahl geschlossen worden, zu dessen Perfection also noch eine Zuzählung an den Käufer erforderlich gewesen wäre.

Außerdem behauptet K. noch, W. habe sein Mobiliar auch an X. verkauft und von diesem auch den Preis gezahlt bekommen.

Ist er für den Fall, daß er dieß bewiese, freizusprechen?

Kommt Etwas darauf an, ob der Verkauf an X. früher oder später, als der an K., erfolgt war?

CCCXXXV. Der Kaufmann Schubert hatte dem Kaufman Erhardt angezeigt, er habe Gelegenheit, eine Quantität Wolle von der Beschaffenheit wie eine von ihm beigelegte Probe, den Centner zu 80 Thlrn., für ihn zu besorgen. E. nahm dieß Anerbieten an und bestellte 10—15 Centner der fraglichen Wolle. Da nun S. bereits Wolle der gewünschten Art auf seinem Lager hatte, so sandte er 15 Centner davon an E. unter Beilegung einer Factura, deren Eingang lautete: „Kaufte für Sie in ihrem Auftrage und sandte durch" u. s. w., worauf die Berechnung folgte, in welcher nicht nur der bedungene Kaufpreis und die Verladungsspesen, sondern auch die übliche Einkaufsprovision zu 2 Proc. aufgeführt war.

Auf diesen berechneten Betrag erhob später S. Klage gegen E., wo-

bei er in der Klage anführte, daß er die an E. gesandten Waaren aus seinem eignen Lager entnommon habe.

E. verweigert jedoch die Zahlung, weil S. nicht ohne Weiteres die Waaren hätte aus eignem Lager entnehmen dürfen, sondern in den Markt gehen müssen, um sich zu überzeugen, ob nicht Andre wohlfeiler verkaufen würden. Keinesfalls könne S. noch besonders eine Einkaufsprovision fordern. —

CCCXXXVI. Auf dem der Fürstin von S. gehörigen Rittergute Osthausen ist dem herrschaftlichen Förster von der Gutsherrschaft zugleich die Einnahme der Revenüen aus dem genannten Gute und namentlich aus den dazu gehörigen Waldungen und Gärten, sowie auch der Abschluß der zur Verwerthung der gewonnenen Erzeugnisse erforderlichen Veräußerungs- oder sonstigen Contracte übertragen.

Auf Grund dieser Befugniß hatte am 13. Juni 1834 der herrschaftliche Förster Richter zu O. die ganze Obsterndte des genannten Jahres in den herrschaftlichen Gärten zu O. (mit Ausnahme der Kirschen) an den Obsthändler Lieber in L. für die Summe von 64 Thlrn verkauft, wovon Letzterer die eine Hälfte sofort bei Beginn des Obstabnehmens, die andere aber nach beendigter Obsterndte zu berichtigen versprach. Er übergab darauf dem L. die sämmtlichen Obstbäume zu O. zur beliebigen Abnahme des Obstes, erhielt von demselben auch die beim Anfang der Obsterndte zahlbaren 32 Thaler eingehändigt. Die Bezahlung der noch übrigen 32 Thlr. verweigerte jedoch L., auch nachdem die Obsterndte längst beendigt und deshalb die Obstplantage von L. verlassen und aufgegeben war.

Als R. deshalb Klage wider ihn erhob, schützte der Beklagte vor

1) die Ausflucht der fehlenden Legimation zur Sache, indem Kläger für sich und in seinem Namen wegen eines Gegenstandes klage, der ihm gar nicht gehöre, indem das Rittergut O. der Fürstin S. gehöre und R. nur deren Diener sei.

2) Der Kauf, welcher der Klage zu Grunde gelegt sei, setze zu seiner rechtlichen Verbindlichkeit voraus, daß der verkaufte Gegenstand wirklich zur Existenz gekommen sei. Das verkaufte Obst sei aber gar nicht zur Reife gediehen. Es fehle daher dem Kaufe an einer *merx*.

3) In der Klage hätte angeführt sein müssen, daß Kläger seinerseits den Contract erfüllt habe, wozu die Behauptung erforderlich gewesen, daß Beklagter wirklich sämmtliches verkauftes Obst abgenommen habe. Dieß sei weder geschehen, noch auch nur behauptet.

Sind diese Einreden zulässig? —

CCCXXXVII. Der Kaufmann Hinz in Dresden hatte von der Handlung Schilling in Hamburg 31 Tonnen Schottische Häringe erhandelt und gekauft für den festgesetzten Preis von $9\frac{1}{2}$ Thlrn. für die Tonne. H. hatte sich dabei ausbedungen, daß ihm 5 Tonnen auf der

Eisenbahn, die übrigen später zu Wasser zugesandt werden sollten, damit er Gelegenheit habe, erst einen Theil der erwarteten Sendung zu prüfen und darnach ein Urtheil über die Beschaffenheit des übrigen Theils der Sendung sich zu bilden.

Als darauf H. die 26 Tonnen zu Wasser erhielt, ließ er dieselben sofort nach Empfang durch die verpflichteten Mäkler R. und X. besichtigen und bekam von ihnen das Gutachten: „Daß die Häringe einen eigen„thümlichen Geruch und Geschmack hätten und als gut nicht verkauft „werden könnten."

Mit Bezug auf dieses Gutachten verweigerte H. die Bezahlung der 26 Tonnen, auf welche S. gegen ihn klagte (denn die 5 ersten Tonnen hatte H. berichtigt). Man könne, meinte er, den Kauf entweder als Kauf auf Probe oder als Kauf nach Probe betrachten. In beiden Fällen, auch im letzteren, sei er zu Nichts verpflichtet, denn die spätere Sendung habe nicht mit der früheren in Qualität übereingestimmt.

Außerdem macht er noch geltend, daß er an demselben Tage, wo die Mäkler das Gutachten gefällt, dem Commissionäre des S., Funke, durch welchen er die Häringe bestellt und an welchen er die 5 ersten Tonnen bezahlt, den Inhalt jenes Gutachtens angezeigt habe mit der Erklärung:

„daß er diese Häringe nicht nehmen wolle, sie vielmehr zu Schilling's „Disposition bei dem Spediteur G. eingelegt habe."

Ist der Beklagte sofort zu verurtheilen?

Oder ist die Klage ohne Weiteres abzuweisen?

Oder ist einer der beiden Parteien ein Beweis aufzuerlegen? Wem und worüber? —

CCCXXXVIII. Der Tabaksfabrikant Schulze in I. hatte bei dem Handlungshause N. in Bremen zwei Fässer recht schönen Tabak von gleicher Güte mit dem früher erhaltenen zu billigem Preise bestellt. Das Handlungshaus N. erbot sich auch, ihm dergleichen Tabak, möglichst ähnlich der früher erhaltenen Qualität, zu senden und bat sich zu diesem Zwecke von Schulze eine Probe von dem früher an ihn verkauften Faß aus, worauf Schulze eine solche Probe übersandte mit dem Bemerken, daß er er eben so gute Waare wieder haben wolle. Es wurden darauf von N. zwei Fässer mit Schiffsgelegenheit an S. versandt, von diesen jedoch das eine (mit Nr. 278 bezeichnet) nicht so gut wie der frühere Tabak befunden. Hiervon überzeugte sich auch der N'sche Handlungsreisende bei seiner Anwesenheit in I. und Schulze vereinbarte sich mit demselben dahin, daß ihm statt des Fasses Nr. 278 ein anderes Faß geliefert werden solle.

Es wurde jedoch kein anderes Faß geliefert, vielmehr von N. gegen Schulze auf Bezahlung des Kaufpreises geklagt. Schulze beruft sich gegen diese Klage

1) auf den Abschluß des Handes „nach Probe" — das eine Faß aber sei nicht probemäßig; —

2) auf das Uebereinkommen mit Klägers Handlungsreisenden; denn

in der Beauftragung zum Verkaufe von Waaren liege auch die Vollmacht zur Ausgleichung derartiger Differenzen. —

CCCXXXIX. Der Gastwirth Zunkel in C. bestellte bei dem Weinhändler Winzer in Frankfurt Wein im Betrag von 293 Thlrn. nach einer Probe, die er von W. versiegelt empfangen hatte. Nach Empfang der Weinsendung ließ er dieselbe, um ihr die nöthige Ruhe zu gewähren, 4 Wochen auf dem Lager liegen; als er aber nach Ablauf dieser Zeit die Probe vornahm, erschien ihm der Wein trübe und keineswegs preiswürdig. Er machte daher dem Weinhändler W. Anzeige, daß er den Wein nicht brauchen könne, worauf dieser antwortete, die Sache solle beruhen, bis sein Sohn nach C. komme, was in der Kürze geschehen werde.

Als derselbe drei Wochen darauf nach C. kam, fragte er vor Allem nach dem Probefläschchen. Zunkel bemerkte ihm jedoch, er habe dasselbe zum Zwecke der Probe anbrechen müssen — einmal angebrochen aber habe es sich natürlich nicht halten können.

In Folge davon klagt Winzer auf Zahlung der 293 Thlr, wogegen Z. vorschützt, der Kauf sei nur unter der Bedingung geschlossen, daß der Wein mit der Probe übereinstimme. Ein solcher Handel sei erst dann vollendet, wenn der Käufer den Wein gekostet und annehmlich befunden habe.

l. 34 §. 5 D. de contr. emt. (18, 1.) (Paulus):

Alia causa est degustandi, alia metiendi. *Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat;* mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

l. 1 pr. D. de peric. et comm. r. v. (18, 6.) (Ulp.:

Quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad *degustetur* vinum: videlicet quasi *tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum.*

Wie ist die Beweislast zu bestimmen? —

CCCXL. Der Tuchfabrikant Wilhelmi kaufte von dem Wollhändler Luckert den in ungefähr 30 Centnern bestehenden Wollvorrath des Letztern, zu $42^1/_2$ Thalern für den Centner, unter der Verabredung, binnen 4 Wochen die Wolle nach einer Probe, die der Käufer in Händen hatte, abholen zu wollen. Den Wollenvorrath selbst hatte der Käufer nicht gesehen, sondern nur die Probe. Als er nun aber die Wolle beim Verkäufer laden wollte, fand er, daß der Wollenvorrath desselben von geringerer Qualität sei, als die Probe. Da nun der Verkäufer sich weigerte, probemäßige Wolle zu liefern, mit dem Bemerken, er habe nur seinen Wollenvorrath verkauft, den er auch geben wolle, so klagt Wilhelmi auf Erfüllung des Kaufs, nämlich Lieferung probemäßiger Wolle.

Ist dieser Klage Statt zu geben?

CCCXLa. A. ererbte ein Grundstück von 1500 Quadratruthen Gehalt, zerlegte dasselbe in 3 Theile, welche er durch ausgeworfene Gräben trennte, und verkaufte davon an B. einen Theil mit der Angabe, daß dieser 350 Quadratruthen enthalte. „Für das Maaß wird keine Gewähr übernommen," heißt es in der von A. verfaßten und von beiden Theilen unterschriebenen Verkaufsurkunde „und ist man dahin übereingekommen, daß der Landwirth X. in Z. taxire, wieviel ein Acker des verkauften Landes werth ist, und sodann den ganzen Kaufpreis bestimme." X. schätzte die Quadratruthe zu $1^1/_4$ Thlr. und erklärte, daß er nur 344 Quadratruthen vorgefunden habe, die Kaufsumme also auf 430 Thlr. berechne. B. hat dem Verkäufer diese Summe bezahlt, letzterer verweigert aber Tradition des Grundstücks, und ist darauf von B. gerichtlich belangt. Auf seine Einwendung, daß er contractlich für die Größe des Kaufobjects nicht einzustehen habe, entgegnet Kläger, diese Bestimmnng sei irrelevant, da sie in einem Widerspruch zu demjenigen stehe, was wegen des Preises vereinbart sei. Das pretium müsse ein justum und certum sein, dieser bilde bei jedem Handel ein essentiale, ohne welches der Vertrag ganz und gar nicht bestehe, wogegen die Verabredung des Nichthaftens als accidentale erscheine, welches ganz fehlen könne. Solle der Verkauf nun überhaupt als gültig behandelt werden, so müsse sich Verkäufer demjenigen unterwerfen, was ein pretium justum und certum voraussetze, in der Interpretation, die Beklagter dem Geschäfte gebe, aber nicht gefunden werden könne. Dafür spreche auch der Umstand, daß Beklagter selbst die Vertragsurkunde niedergeschrieben und den Nachtheil einer mangelhaften Ausdrucksweise zu tragen habe. Käufer habe die Urkunde so, wie sie ihm vorgelegt sei, unbedenklich unterzeichnet, indem er angenommen habe, der die Nichthaftung für die Größe betreffende Passus könne höchstens die rechtliche Bedeutung haben, daß Verkäufer nicht zur Abtretung von soviel Land, als etwa an 350 Quadratruthen fehle, zu zwingen sei, nicht aber, daß er für das Fehlende Zahlung bekommen solle.

Beklagter findet in der Berufung auf das zuletzt vom Kläger Gesagte einen dolus, der ihm nicht zu Statten kommen könne, und setzt hinzu, es sei ohnehin Klägers Pflicht gewesen, vor der Unterschrift des Contracts dem Verkäufer seine Bedenken gegen dessen Inhalt zu äußern, denn der Kaufcontract sei ein bonae fidei negotinum, bei welchem Jeder gegen den Andern aufrichtig sein müsse.

Wird die Klage Erfolg haben?

CCCXLI. Am 10. Aug. 1805 verkaufte die Wittwe Wenzel an den Lohgerber Hornstock einen Garten für 200 Thaler, behielt sich aber dabei für sich und ihre Erben innerhalb 40 Jahren a dato des Verkaufs das Wiederkaufsrecht vor. Bald darauf entfernte sie sich mit 4 Kindern; nur das 5te, Heinrich Wenzel, blieb zurück. Nachdem sie im Jahre 1844, wo sie das 70te Lebensjahr zurückgelegt haben würde, wegen Verschollenheit gerichtlich für todt erklärt worden, und die Antheile der 4 ebenfalls verschollenen Kinder dem Heinrich W. zur Benutzung ohne

Caution überlassen worden, trat der Letztere im Juli 1845 gegen den Erben des inzwischen verstorbenen Hornstock mit einer Klage hervor, mit welcher er Realisirung des Wiederkaufsrechts bezweckte und verlangte mit Bezug darauf Abtretung des Grundstücks gegen Zahlung von 200 Thlrn.

Die Zulässigkeit dieses Anspruchs wird vom Beklagten bestritten,

1) weil Kläger nur zu $1/_5$ Erbe der Wittwe Wenzel sei. Er könne mithin in Bezug auf das ganze Grundstück das Wiederkaufsrecht nicht geltend machen, eben weil er bloß zu $1/_5$ Erbe sei; aber auch ebensowenig könne er das fragliche Recht für seinen Antheil allein geltend machen, weil das Wiederkaufsrecht ein untheilbares Recht sei.

Auf alle Fälle könne doch der Wiederkauf nicht zu demselben Preise von 200 Thalern verlangt werden, denn der Werth des in Frage stehenden Grundstücks sei inzwischen, wie überhaupt der Werth des Grundbesitzes, gestiegen und lasse sich auf 300 Thaler anschlagen. Außerdem habe sein (des Beklagten) Erblasser wesentliche Meliorationen an demselben vorgenommen, — z. B. die Errichtung einer Mauer, — die sich zusammen etwa auf 150 Thaler belaufen dürften. Beklagter glaubt demnach, schlimmsten Falls nur zum Wiederverkauf für 450 Thlr. verurtheilt werden zu können.

CCCLXII. Zink verkaufte an Willing ein Grundstück für 400 Thlr. mit dem Nebenvertrage, daß W. ihm nach Ablauf eines Jahres das Grundstück für 400 Thaler zurückverkaufen und übergeben solle. Noch vor Ablauf des Jahres veräußerte W. das Grundstück an seinen Schwiegersohn B. und übergab es demselben zu Eigenthum.

Nach Ablauf der ausbedungenen Frist klagte Z. gegen die Wittwe Willing, als Erbe ihres inzwischen verstorbenen Mannes auf Erfüllung des erwähnten Nebenvertrags. Die Beklagte schützt vor, daß sie nicht Eigenthümerin des fraglichen Grundstücks, folglich durch Unmöglichkeit der Leistung von der Verpflichtung befreit sei.

Mit Rücksicht auf diesen Einwand wurde die Klage in erster Instanz angebrachtermaßen abgewiesen, weil, wie es in den beigegebenen Gründen hieß, der vorliegende Fall dem Falle gleichstehe, wenn der Eigenthümer dasselbe Grundstück an zwei Personen zu verschiedenen Zeiten verkauft und dem Einen tradirt habe, wo derjenige vorgehe, dem zuerst übergeben sei, der Andere nur eine Klage auf Entschädigung habe. Da nun aber nicht auf Entschädigung, sondern auf Erfüllung geklagt sei, so habe die Klage in der angebrachten Maaße abgewiesen werden müssen.

Wird es für Z. rathsam sein, an die zweite Instanz zu gehen? —

CCCXLIII. Der Rechtscandidat O. zu N. fand in dem antiquarischen Bücherverzeichnisse des Antiquars R. in X. angegeben: Nr. 168. Corpus juris civ. glossatum — 3 Thlr. Er schrieb sogleich an R. unter Beilegung der 3 Thaler und bat um Uebersendung des bezeichneten

Buchs. Als er aber das nach einigen Tagen ihm zugeschickte Werk untersuchte, überzeugte er sich, daß es kein C. J. glossatum, sondern nur eine Ausgabe von Gothofredus mit dessen Noten sei.

Er glaubt deshalb aus dem Aedilicischen Edicte einen Anspruch auf Redhibition zu haben, überdieß aber auch von R. die Lieferung eines wirklichen glossirten C. J. verlangen zu können. Allein einer seiner Freunde, der Schulamtscandidat Becker, räth ihm, sich jeden Gedanken daran aus dem Kopfe zu schlagen. Er habe in einer ganz ähnlichen Angelegenheit die trübsten Erfahrungen gemacht. Vor einigen Jahren habe er nämlich zu einer Auction in X. dem dortigen Antiquar F., der sich zur Uebernahme von Commissionen erboten, unter andern Aufträgen auch auf folgende zwei Bücher Commission gegeben: „Unterholzner, Die Schulverhältnisse. 2 Bde. 1840" und „Conversationslexicon, Leipzig 1834."

Unter den ihm darauf als erstanden zugeschickten Büchern habe er zu seinem Erstaunen ein Buch von Unterholzner über „Schuldverhältnisse" und statt des Conversationslexicons das 1834 in Leipzig erschienene „Conversationslexicon: Eine Encyclopädie der vorzüglichsten Lehren u. s. w. zur Erhaltung des Lebens und der Gesundheit" vorgefunden. Er habe darauf gegen die M'schen Erben, in deren Auftrag die Bücher versteigert worden, auf Rücknahme dieser Bücher gegen Erstattung des Preises und Lieferung der in dem Catalog ausgebotenen geklagt, sei aber mit seiner Klage abgewiesen worden mit Hinweisung namentlich auf eine auf dem Umschlage des Catalogs abgedruckte Bestimmung, daß alle Bücher eine Stunde vor der Auction besichtigt werden könnten. —

Steht dieser Fall dem des O. gleich? —

CCCXLIV. Dem Kaufmann Funk wurde am 16. Sept. 1840 von dem Kaufmannsdiener Albers, dem Reisenden des Hauses Schmid, eine Offerte von 12 Tonnen Rüböl, die Tonne von 220 Pfd. zu 26 Thalern, gemacht; Funk nahm diese Offerte an mit der Bedingung, daß 6 Tonnen in 14 Tagen, die 6 übrigen erst nach 4 Wochen geliefert würden. Die ersten 6 Tonnen ließ F. sofort von Magdeburg, wo sie von A. an F's Commissionär abgeliefert worden, nach Berlin an X. gehen, dem er sich zu Lieferung von 6 Tonnen Rüböl verpflichtet hatte.

Als die noch restirenden 6 Tonnen nach Ablauf von 4 Wochen nicht anlangten, klagt F. gegen Schmid auf Lieferung von 6 Tonnen Rüböl à 26 Thaler gegen Empfangnahme des ausbedungenen Preises.

Der Beklagte schützte hiergegen vor, daß er, obwohl er eine Materialhandlung habe, doch noch nie Geschäfte in Oel gemacht, daher auch seinem Reisenden keinen Auftrag zu solchen Oelgeschäften gegeben habe. Wenn also wirklich sein Reisender die vom Kläger eingeklagte Oellieferung versprochen habe, so habe er damit seine Instruction überschritten und könne Beklagter aus einem solchen Versprechen desselben nicht belangt werden. —

A. sei von ihm nur zur Abschließung von Branntweingeschäften beauftragt gewesen und nur hierin habe bisher zwischen ihm und dem Kläger kaufmännischer Verkehr Statt gefunden.

l. 5 §. 11 D. inst. act. (14, 3) Ulp.:

Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui praeposuit, sed ita, si ejus rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est, dumtaxat ad id, ad quod eum praeposuit. §. 12. Proinde si praeposui ad mercium *distractionem*, tenebor ejus nomine ex *emto* actione. Item si forte ad *emendum* eum praeposuero, tenebor duntaxat ex *vendito*. Sed neque, si ad emendum, et ille vendiderit, neque, si ad vendendum, et ille emerit, debebit teneri.

l. 11 §. 5 D. eod. Ulp.:

Conditio autem praepositionis servanda est, quid enim, si certa lege, vel interventu cujusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Aequissimum erit id servari, in quo praepositus est.

l. 1 §. 12 D. de exerc. act. (14, 1) Ulp.:

Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus. — — Sed et si, ut certis mercibus eam locet, praepositus est, puta legumini, cannabi, ille marmoribus vel alii materiae locavit, dicendum erit, non teneri.

Ueberdieß habe Kläger unterlassen, in der Klage die Erfüllung von seiner Seite zu behaupten und sei daher die Klage schon deßhalb angebrachter Maaßen abzuweisen. —

In Bezug auf den letztgenannten Einwand bemerkt Kläger, er wolle jetzt noch sich zur Zahlung des Kaufpreises bereit erklären und denselben auf Verlangen gerichtlich deponiren. Es geschehe dieses Erbieten noch zeitig genug.

Gegen die Weigerung des Beklagten, für das Versprechen seines Reisenden einzustehen, glaubt sich Kläger theils auf ein Zeugniß der Regierung, daß die Concession zum Materialhandel, wie Beklagter eine zu haben einräume, auch die Concession zum Oelhandel in sich begreife, theils auf folgende Aussprüche des Römischen Rechts beziehen zu dürfen:

l. 11 §. 2 D. de inst. act. (14, 3) Ulp.:

De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur. Non enim permittendum erit cum institore contrahere. Sed, si quis nolit contrahi, *prohibeat;* caeterum, qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione. §. 3. *Proscribere palam* sic accipimus: claris litteris, unde de plano recte legi possit: ante tabernam scilicet vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur; non in loco remoto, sed in evidenti. §. 5. Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo; sed et si denunciavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institutoria teneri; nam et certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. Sed si alias cum alio contrahi vetuit, continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio; *neque enim decipi debent contrahentes.*

l. 5 §. 14 D. eod.:

Si ei, quem ad vendendum emendumve oleum praeposui, *mutuum* oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere.

Welche Sätze folgen aus diesen Stellen?

Ist die Klage angebrachter Maaßen abzuweisen oder auf Beweis des Klagegrundes zu erkennen?

Noch vor Beendigung des Processes erhielt Funk am 8. Januar 1850 von X. in Berlin die Anzeige, die ihm gelieferten 6 Tonnen Rüböl enthielten kein reines, sondern mit Leinöl vermischtes Rüböl. Er könne deshalb die Waare nicht annehmen und habe sie an den Spediteur P. zu F's Disposition abgegeben.

Funk will nun die gezahlten 136 Thaler von Schmid zurück, oder als Zahlung für weitere 6 Tonnen reines Rüböl angerechnet haben. Schmid entgegnet ihm jedoch, selbst wenn er für dieß Versprechen A's einstehen müsse, so behaupte doch F. gar nicht, daß er reines Rüböl bestellt habe. Auch habe er dadurch, daß er das Oel weiter an X. verkauft, alle Ansprüche wegen Ausstellungen daran verloren. Höchstens könne er verhältnißmäßige Minderung des Preises verlangen.

Funk beharrt jedoch auf seinem Verlangen, indem er für sich geltend macht:

1) der Verkauf an X. könne als res inter alios acta keinen Einfluß auf sein Verhältniß zu S. ausüben.

2) Er habe mit dem Verkaufe keineswegs die Sache für sein Eigenthum erklärt; denn man könne bekanntlich auch eine fremde Sache verkaufen.

3) Er habe an X. nur Rüböl überhaupt, nicht gerade die von S. gelieferten Tonnen verkauft. —

CCCXLV. Der Gutsbesitzer Richter reicht gegen den Commissionär Schenkel eine Klage folgenden Inhalts ein:

„Er habe von dem Beklagten das Gut in F. gekauft und dasselbe auch in Folge desselben in Lehn erhalten. Bei den Kaufsverhandlungen, sowie bei dem Kaufabschlusse selbst habe der Beklagte dem Kläger die Versicherung gegeben, daß mit dem fraglichen Gute das Recht für den Eigenthümer desselben verbunden sei, das Zuchtvieh des Gutes über die Grundstücke des Grafen von Bartelstein treiben zu lassen, um zu einer entfernter liegenden Parzelle des Guts zu gelangen. Als jedoch Kläger sein Vieh über das v. B'sche Grundstück habe treiben lassen, sei sein Kuhhirt auf Befehl des Grafen gepfändet worden. Letzterer habe auch in Folge diesfallsiger Anzeige an Gerichtsstelle erklärt, daß er den Kläger über sein Grundstück nicht treiben lasse, vielmehr gegen das in dieser Beziehung behauptete Recht Widerspruch erhebe. Er stelle daher sein Petitum alternativ dahin, daß Beklagter verurtheilt werde, dem Kläger entweder die angewiesene Viehtreibe zu verschaffen oder die durch deren Nichtvorhandensein erweislichen Schäden zu vergüten.

Dagegen läßt sich der Beklagte in folgender Weise vernehmen:

1) Er läugne, daß er die vom Kläger beanspruchte Viehtreibe als ein dem verkauften Gute zustehendes Recht zugesichert habe.

2) Es sei dieß aber ganz gleichgültig und würde dem Kläger selbst der Beweis dieser Zusicherung Nichts helfen. Was nämlich den ersten Theil des alternativen Petitums anlange, daß Beklagter dem Kläger die angewiesene Viehtreibe verschaffen solle, so lasse sich darauf erwiedern, daß dieses Verlangen entweder ein überflüssiges oder ein unstatthaftes, unausführbares sei. Entweder nämlich stehe dem Gute jene Befugniß wirklich zu, dann sei sie durch den Uebergang des Eigenthums von selbst schon auf den Kläger mit übergegangen; oder die Befugniß existire gar nicht, dann könne auch der Beklagte sie dem Kläger nicht verschaffen, da bekanntlich nur der Eigenthümer eines Grundstücks eine Prädialservitut für dasselbe erwerben oder an selbigem bestellen könne, Beklagter aber weder Eigenthümer desjenigen Grundstücks sei, für welches, noch desjenigen, an welchem die Servitut beansprncht werde.

3) Betreffs des Anspruchs auf Schadenersatz sei zu entgegnen, daß Kläger einen erlittenen Schadeu nur würde erweisen können, wenn er gegen den Grafen von B. geklagt und mit dieser Klage nicht hätte durchdringen können. Der bloße Widerspruch des Grafen würde ihn zu einer Klage nur unter der Voraussetzung berechtigen, wenn Beklagter ihm zugesichert hätte, die Befugniß der Viehtreibe werde von dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks gar nicht in Zweifel gezogen oder bestritten werden.

Kläger beruft sich dagegen auf

l. 48. de act. emt. vend. (19, 1.) Scaevola:

Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: ***Fundus Sempronianus, quidquid Sempronii juris fuit, erit tibi emtus tot nummis***; vacuamque possessionem tradidit, neque fines ejus demonstravit. Quaeritur, an emti judicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid juris defunctus habuerit et fines ostendere? Respondi, id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelliguntur. Quod si non appareat, ***debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere;*** hoc enim contractui bonae fidei consonat. —

Der Einwand sub 3 beseitige sich durch die Erwägung, daß es ja für den Kläger ganz unmöglich sei, die actio confessoria anzustellen, ohne von der Existenz des Rechts und seines Titels Kenntniß zu haben. Auch das Recht, dem gegenwärtigen Beklagten litem zu denunciiren, könne dem Kläger Nichts helfen, so lange noch nicht ausgemacht sei, ob Beklagter zur Prästation des Eviction verpflichtet sei.

Uebrigens sei der Beweis, daß Beklagter die Existenz der Viehtreibe garantirt habe, gar nicht nöthig, weil jedenfalls aus dem ädilicischen Edicte dem Käufer ein Anspruch wegen einer mangelnden zur Benutzung des Guts nothwendigen Servitut zustehe. —

CCCXLVI. Bode hatte in dem Wohnhause Schäfer's eine Miethwohnung inne, in welche er verschiedene Gegenstände, namentlich mehrere Oefen und Wandschränke, angeschafft und eingebaut hatte. Schäfer verkaufte später das Haus an Wunder, dieser verkaufte es wieder an Dietrich. Dabei hatte Wunder dem D. versichert, daß die erwähnten, von B. angeschafften Gegenstände als fixa vincta ihm, dem W., gehörten, und mit verkauft seien. — Bode verläßt sodann — nach dem zweiten Verkaufe — das Haus und nimmt jene Sachen mit.

Dietrich klagt jetzt gegen Wunder wegen Eviction der ihm mit verkauften Gegenstände. —

Kann W. dieser Klage Etwas entgegensetzen?

CCCXLVII. Der Juwelier Arnold hatte seinen Bijouterieladen an den Goldarbeiter Sturm verkauft, sich dabei aber bis zur vollständigen Entrichtung des Kaufpreises das Eigenthum an dem verkauften Laden und den dazu gehörigen Waaren vorbehalten. —

Noch ehe er den Preis bezahlt hatte, entfernte sich Sturm heimlich und es gelang ihm, glücklich nach Amerika zu entkommen; in seinem Laden fand man nur wenige Pretiosen von geringem Werthe, alles Werthvollere hatte St. mit sich genommen. Unter diesen Umständen erkundigte sich Arnold, wer in der letzten Zeit bei St. gekauft, und erfuhr, daß besonders E. B., C. und D. dem St. viel zu lösen gegeben, auch noch im Besitze kostbarer Stücke seien. A. will nun auf Grund seines vorbehaltenen Eigenthums diese Pretiosen vindiciren. Kann er dieß?

Dagegen wird er umgekehrt von D. mit einer Klage bedroht. Dieser hatte nämlich in einer von Sturm gekauften Diamantnadel das Eigenthum seines Vaters, das diesem abhanden gekommen, wieder erkannt; nur die Fassung war verändert. Er will jetzt von A. den Kaufpreis, den er an St. bezahlt, ersetzt haben, weil der Letztere die Nadel mit von A. übernommen gehabt.

Wie steht es mit diesem Evictionsanspruche?

CCCXLVIII. Der Dr. Körner suchte sich bei dem Kunsthändler Friedrich mehrere werthvolle Oelgemälde aus und fragte nach ihren Preisen. Bei dieser Auswahl hatte er mit Ausnahme zweier Gemälde, die er um des Gegenstandes willen nahm, lediglich die italienischen und niederländischen Meister im Auge, von denen sie angeblich herrühren sollten. Nachdem ihm darauf Friedrich seine Forderungen genannt hatte, stellte Körner seiner Seits für jedes einzelne Gemälde niedrigere Gebote, ohne sich zu entscheiden, welche Gemälde er nehmen wolle. Nach längeren Verhandlungen zwischen Beiden kam man über einen mittleren Preis für die einzelnen Gemälde überein. Als aber Dr. K. bei Zusammenrechnung dieser einzelnen Preise fand, daß sie zusammen den Betrag von 763 Thalern ausmachten, erklärte er, so viel könne er jetzt nicht anwenden; er sei aber erbötig, die sämmtlichen 13 ausgewählten Oelgemälde zu kaufen, wenn er sie für den Gesammtpreis von 700 Thalern bekomme,

vorausſetzt, daß ihm noch ein 14tes, das ihm beſonders gefiele, dazu gelegt werde. Friedrich ging darauf ein und ſchickte darauf die 14 Oelgemälde dem Dr. Körner zu.

Als er denſelben aber um Bezahlung mahnte, wurde ſie ihm verweigert, weil einzelne der Gemälde nicht von den Meiſtern herrührten, denen ſie in Friedrich's Verzeichniß (auf welches Dr. K. ſich verlaſſen) zugeſchrieben worden.

Friedrich erhebt darauf Klage gegen Dr. K. auf Bezahlung der 700 Thaler, und als derſelben vom Beklagten die Einrede aus dem ädiliciſchen Edicte entgegengeſtellt wird, ſo replicirt Kläger, dieſe Einrede habe Beklagter verloren dadurch, daß er einzelne der gekauften Gemälde weiter an X. veräußert habe. Dieſelben ſeien zwar gegenwärtig wieder im Beſitze des Beklagten, allein jener Verkauf habe einen ſtillſchweigenden Verzicht auf die Anfechtung aus dem ädiliciſchen Edict enthalten, wie dieß deutlich ausgeſprochen ſei in

l. 47 de aedil. edicto (21, 1) (Paulus):

Si hominem emtum manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi, Labeo ait: sicut duplae actio periret. Ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit. §. 1. Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent;

l. 48 pr. eod. (Pomponius):

Si tamen sine culpa actoris, familiaeve ejus, vel procuratoris mortuus sit.

Daß dieſe Entſcheidung nicht etwa erklärt werden könne aus der durch die Manumiſſion herbeigeführten Unmöglichkeit der Redhibition, ergebe ſich daraus, daß nicht nur die actio redhibitoria, ſondern auch die actio quanti minoris dadurch ausgeſchloſſen werde. Aller Zweifel aber werde beſeitigt durch §. 1 der angef. l. 47, indem da Paulus noch hinzufüge, daß der Tod des Sclaven (ſofern er unverſchuldet) — alſo ein Ereigniß, das gleichfalls die Redhibition unmöglich macht, die ädiliciſchen Klagen **nicht** aufhebe. Es bleibe mithin nur übrig, in der Manumiſſion die Erklärung eines **Verzichts** anzunehmen. Dieß paſſe aber in gleicher Weiſe auch auf den Verkauf der Sache.

Daß der Verkauf hier bloß **einzelne** Stücke einer Geſammtheit von Gegenſtänden betroffen, ändre Nichts — der Käufer habe dadurch auch hinſichtlich der übrigen Stücke die Anſprüche aus dem ädiliciſchen Edicte verloren, denn der Verkäufer könne nur zur Rücknahme des Ganzen gezwungen werden.

l. 34 D. eod. (Africanus):

Cum ejusdem generis plures res simul veneant veluti comoedi vel chorus, referre ait, in universos an in singulos pretium constituatur, ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractae intelligantur. Quod vel eo quaeri pertinere, ut si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, omnes simul redhibeantur. §. 1. Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est, ut propter unius vitium omnes redhiberi possint vel debeant: scilicet cum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa co-

moedos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat.

l. 38 §. 13 D. eod. (Ulpianus):

Si forte jugum mularum sit, quarum altera vitiosa sit, non ex pretio tantum vitiosae, sed ex utriusque erit componendum, quanti minoris sit; cum enim uno pretio utraeque venierint, non est separandum pretium, sed quanto minoris, cum veniret, utrumque fuit, non alterum, quod erat vitiosum.

Kann sich der Beklagte hiergegen berufen

1) auf l. 43 §. 8 D. eod. (Paulus):

Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset, aut usumfructum ejus, non recte redhibetur, nisi redemtum sit et pignore liberatum redhibeatur?

Der Kläger meint, in dieser Stelle sei von keiner erzwungenen, sondern von einer Redhibition mit Willen des Verkäufers die Rede.

2) auf l. 38 §. 14 eod. (Ulp.):

Si tamen nondum sint paria constituta, sed simpliciter quatuor mulae *uno pretio* venierint, unius erit mulae redhibitio, non omnium; nam et si polia venierint, dicemus, unum equum, qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere. Haec et in hominibus dicemus pluribus uno pretio distractis, nisi si separari non possint, utputa si tragoedi vel mimi —?

CCCXLIX. Die Gebrüder Julius und Carl Bohn klagen gegen ihren Bruder Wilhelm Bohn, weil derselbe von ihrer gemeinschaftlichen, im 63sten Lebensjahre verstorbenen Mutter, ein Jahr vor deren Tode ihr Gut, das zur Zeit des Verkaufs mindestens 7500 Thaler werth gewesen, um den Kaufpreis von 2900 Thalern unter Vorbehalt eines Auszugs von jährlichen 40 Thalern für die Verkäuferin und einer Ausstattung für ihre Tochter gekauft habe. Dieser Verkauf sei

1) nichtig, weil die Verkäuferin nicht nur in Unkenntniß über den wahren Werth ihres Grundstücks, sondern auch geistesschwach und daher dispositionsunfähig gewesen sei, so daß sie willenlos vom Beklagten zu jenem Verkaufe verleitet worden.

2) Der Verkauf sei aber auch außerdem rescissibel wegen laesio ultra dimidium. Das Gut sei, wie erwähnt, mindestens 7500 Thaler werth gewesen. Dazu komme der vorbehaltene Auszug, den man jedoch nur auf 200 Thaler anschlagen könne, da die Verkäuferin bereits im 62sten Lebensjahre gestanden habe. Die Ausstattung der Tochter betrage nicht mehr als 80 Thaler. So ergebe sich als gesammter Kaufpreis die Summe von 3180 Thalern.

Der Beklagte entgegnete:

1) Es liege hier eine unstatthafte Klaganhäufung oder eine sich selbst widersprechende und abgeschmackte Klage vor. Denn indem Kläger die Nichtigkeit des Verkaufs behaupte, so sei damit die Anfechtbarkeit desselben ausgeschlossen, weil diese einen an sich gültigen Vertrag voraussetze. Eben

so sei umgekehrt mit der Behauptung der Anfechtbarkeit die Nichtigkeit unverträglich.

2) Die Rescission ex lege 2. Cod. de rescind. vend. sei auch noch deshalb unstatthaft, weil

a) der ausbedungene lebenslängliche jährliche Auszug gar nicht ästimirt werden könne wegen der unbestimmten Lebensdauer. Die Verkäuferin hätte ja auch das 87ste Lebensjahr erreichen können und in diesem Falle würde Beklagter außer dem Kaufpreise von 2900 Thalern und der Ausstattung noch 1000 Thaler an Auszugsgeldern gezahlt haben, so daß die Gesammtsumme den Betrag von 3980 Thalern (also mehr als die Hälfte von 7500 Thalern) erreicht haben würde;

b) überdieß stehe hier ein Verkauf von den Eltern an ein Kind in Frage. In einem solchen Falle aber könne die Rescissionsklage nur dann gegen das Kind (als Käufer) erhoben werden, wenn sie bereits von den Eltern präparirt worden, was hier nicht geschehen. Es trete nämlich alsdann die Präsumtion der Schenkung ein, die in dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern ihre Rechtfertigung finde. Diese müsse durch ausdrückliche Gegenerklärung von Seiten der Eltern entkräftet sein. Ueberhaupt gehe die Rescissionsklage, da sie der Revocationsklage des Schenkers analog sei, auf die Erben nur über, wenn sie vom Erblasser präparirt sei.

l. 3 Cod. de reb. al. non. al. (4, 51):

Venditrici *succedenti hereditario jure* perfectam recte venditionem *rescindere* ac dominium revocare *non licet*. Sed et si haec ex persona sua vindicet, vel exceptione te doli mali, si hanc viam elegeris, tueri, vel evicta re, si defensione monstrata uti volueris, quanti tua interest, poteris experiri.

3) Nicht nur der Rescissionsklage, sondern auch der Nullitätsklage (wenn überhaupt die Voraussetzungen derselben erwiesen werden könnten) stehe entgegen, daß Kläger schon durch Annahme mehrerer darin bedungener Auszugsrückstände ihrer Mutter den Kauf stillschweigend für rechtsbeständig anerkannt.

CCCL. Johann Töpold hatte bei käuflicher Annahme des (auf 10000 Thlr. taxirten) $2^1/_2$-Hufengutes seiner Mutter Rosine, zuletzt verwittwet gewesenen Götze, „auf den Fall, daß er dieses Gut anderweit zu verkaufen gemeint sein sollte," sowohl seiner Mutter, als, wenn diese denselben nicht exerciren wollte, oder auch nach ihrem Tode seinen beiden Schwestern, der Frau Rostberg und Frau Schubert den Vorkauf an gedachtem Gute für die Kaufsumme von 4300 Thlrn. zugestanden. Bei gerichtlicher Bestätigung des Kaufs war auch deshalb ein ausdrückliches Unterpfandsrecht am Gute eingeräumt worden. Nachdem am 11. Mai 1835 Töpold mit Hinterlassung von Friederike Weber als testamentarischer Erbin verstorben war, trat die Schwester des Testators, die Wittwe Rostberg, gegen die Weber mit einer Klage hervor, in welcher sie anführte, daß ihr Bruder Töpold i. J. 1833

über das fragliche Gut einen Verkauf mit dem Gutsbesitzer Möser abgeschlossen habe, weshalb das ihr nach dem Tode ihrer Mutter und Schwester allein noch zuständige Vorkaufsrecht in Wirksamkeit trete und sie die Wiederabtretung des Gutes gegen Empfangnahme von 4300 Thlrn. von der Beklagten verlange. Zugleich stellte sie einen Antrag dahin, daß ihr Vorkaufsrecht als noch fortbestehend anerkannt und deshalb, falls Beklagte das Gut oder einzelne Theile desselben künftig verkaufen wolle, die gerichtliche Bestätigung desselben beanstandet, zunächst aber, da Beklagte ein Stück Waldboden auszuroden beabsichtige, ein Verbot deshalb an sie erlassen werden möge.

Die Beklagte läugnete, daß ihr Erblasser noch bei Lebzeiten das Gut an Möser verkauft habe; es habe nämlich bei den Verhandlungen mit M. über den Kaufpreis noch nicht völlige Einigung Statt gefunden; auch habe T. das Gut natürlich nur unter der Voraussetzung verkaufen wollen, daß seine Schwester ihm keine Hindernisse in den Weg legen werde. Ueberhaupt könne das Vorkaufsrecht nicht eher geltend gemacht werden, als bis der Verkauf durch Uebergabe vollzogen sei, da bis dahin die Contrahenten durch contrarius consensus wieder davon abgehen könnten. Was aber die übrigen Anträge der Klägerin betreffe, so stehe denselben — abgesehen davon, daß das Ausroden eher eine Verbesserung, als eine Verschlechterung sei, der Einwand entgegen, daß die Verpflichtung aus der Verabredung des Vorkaufs nicht auf die Erben übergehe.

In erster Instanz wurde darauf in der Hauptsache auf Beweis des Klagegrunds erkannt, dagegen der Antrag auf Anerkennung des Vorkaufsrechts als eines nach dem Tode des T. noch fortbestehenden als unstatthaft zurückgewiesen.

Die Klägerin hält sich dadurch für beschwert:

1) weil noch auf Beweis erkannt, da doch das Zugeständniß der Beklagten ihren Anspruch liquid mache. Denn es könne weder auf die Uebergabe, noch auf den völligen Abschluß des Kaufs ankommen, da es in dem o. a. Kaufdocumente heiße: „auf den Fall, daß er (T.) gemeint sein solle" u. s. w.

2) weil das Vorkaufsrecht nicht als fortbestehend anerkannt worden, da doch der Erbe mit dem Erblasser als eine Person fingirt werde.

Könnte, wenn die Weber später verkaufen wollte, die K. ihr Vorkaufsrecht geltend machen?

CCCLI. Im Januar 1847 verkaufte der Assistent Walter an den Commissär Kunze einen Wagen für 200 Gulden. Als K. im August desselben J. eine Reparatur daran wollte vornehmen lassen, ergab sich, daß das Holzwerk daran den Wurm habe, und daß dieß auch schon zur Zeit des Kaufs müsse der Fall gewesen sein. Zwei Sachverständige, die dabei zugegen waren, erklärten, K. habe dieß schon damals entdecken können, wenn er einen Nagel in das Holz eingeschlagen hätte. — Im September desselben J. wird K. auf Bezahlung des Kaufpreises belangt, schützt aber die Einrede der fehlerhaften Beschaffenheit vor, und verlangt deshalb,

von jeder Zahlungsverpflichtung freigesprochen zu werden; höchstens könne Kläger 35 fl. als den Werth des Leders und des Eisenwerks verlangen. W. entgegnet hierauf: 1) die Einrede auf Redhibition sei verjährt; 2) der Fehler sei kein unsichtbarer gewesen, da er durch Einschlagen eines Nagels hätte bemerkt werden können. —

Entscheidung.

CCCLII. Der Kaufmann Friedrich kaufte im October 1849 von dem Oeconomen Rudolph einen Hund für 8 Louisd'or. Er hatte dabei erklärt, daß er ihn nur zur Jagd brauchen wolle und R. hatte ihm versichert, daß der Hund ein ganz feiner Jagdhund sei, wie er sich einen solchen nur wünschen könne. Friedrich überzeugt sich jedoch nach Verlauf von 6 Wochen, daß der Hund zur Jagd ganz untauglich sei. Nachdem er vergeblich den R. angegangen, er solle ihn zurücknehmen, klagt er im Mai 1850 gegen R. auf Rückgabe des Kaufgelds gegen Zurücknahme des Hundes. Der Einrede der Verjährung begegnet er im Voraus durch die Bemerkung, die Verjährung der actio redhibitoria habe erst zu laufen angefangen in dem Augenblicke, wo er die Unbrauchbarkeit des Hunds zur Jagd erkannt habe. Sollte er hiermit nicht durchdringen, so verlange er Rückgabe von 7 Louisd'or, da der Hund nach dem Zeugnisse von Sachverständigen nur 1 Ld'or. werth sei.

Der Beklagte excipirt, wenn der Hund zur Jagd unbrauchbar, so sei dieß kein Fehler an einem Hunde und nur auf fehlerhafte Beschaffenheit beziehe sich das Edict der Aedilen. Keinesfalls aber könne Kläger mehr als 5 Ld'or. zurückverlangen, weil nach dem Urtheil von Sachverständigen selbst ein ganz feiner Jagdhund höchstens 6 Ld'or. werth sei.

Worauf ist zu erkennen?

CCCIII. Der Dr. Müller fand im März 1830 bei dem Actuar Schmid unter den Büchern, welche dessen verstorbener Vater, der Hofrath Schmid, hinterlassen und welche sein Sohn verkaufen wollte, auch eine alte Ausgabe des Decamerone von Boccaccio v. J. 1471 Fol. Er bot ihm dafür 2 Thlr. und Schmid händigte ihm bereitwillig das Buch für diesen Preis ein. Als im September darauf der Antiquar X., mit dem Schmid bereits in Unterhandlungen getreten war, den Letztern besuchte, unter den Büchern aber die im Verzeichnisse stehende Ausgabe des Boccaccio vermißte, erzählte ihm Sch., daß er dieselbe für 2 Thlr. an Müller verkauft habe.

X. machte ihm hierauf Vorwürfe über seine Voreiligkeit, er würde ihm für das Buch gern das Sechsfache gezahlt haben, es sei als die älteste Ausgabe des Decamerone sehr gesucht und er müsse sich das Buch wiederschaffen. Schmid, der sich der Sache nun mit Eifer annimmt, ersieht aus Ebert's bibliographischem Lexicon Thl. I. S. 203, daß jene Ausgabe noch im vorigen Jahrhundert mit 100 Guineen bezahlt, im Jahre 1812 aber in England bei einer Auction für 2260 Pfd. Sterl., im J. 1819

für 875 Pfd. Sterl. erstanden worden sei. Er klagt deshalb gegen den Erben des inzwischen verstorbenen Müller auf Rescission des Verkaufs wegen laesio enormis. Der Beklagte schützt vor, das Buch sei mit andern alten Büchern seines Vaters als Maculatur in den Laden eines Kaufmanns gewandert und dort, wie er auf Erkundigung erfahren, bereits ganz verbraucht.

Schmid entgegnet hierauf, das Nichtvorhandensein des Buchs befreie den Beklagten nur von der Restitution desselben, nicht aber von der Zahlung dessen, was er für das Buch weniger, als der Werth desselben betrage, erhalten habe, indem durch den Untergang des Objects nur der eine Theil der ursprünglich alternativen Verpflichtung wegfalle. Als wahren Werth des Buchs wolle er, um sich billig zu zeigen, nur 300 Thlr. annehmen und verlange daher noch 298 Thlr. vom Beklagten.

---

§. 365—367.

CCCLIV. Auf Antrag des Hauseigenthümers Spindler sollte dessen Miethsmann Reinhart, weil er der an ihn erlassenen Kündigung keine Folge geleistet, mit den Seinigen aus den vermietheten Localitäten herausgesetzt werden, als Mönch, ein Aftermiether Reinhart's, wider die Exmission, soweit er davon betroffen werde, Protestation einlegte, welche er dadurch begründete, daß ihm die Kündigung nicht bekannt gemacht worden. Die Kündigung an Reinhart habe keine Kündigung an ihn, M., involvirt und könne auch nicht ohne Weiteres rechtliche Wirkung äußern, weil im Zweifel dem Miether zugleich das Recht der Sublocation zustehe, eben deshalb aber dem Vermiether die Verbindlichkeit obliege, darüber, ob eine Aftervermiethung vorliege, sich in Gewißheit zu setzen und die Kündigung ausdrücklich auch auf den Aftermiethsmann zu erstrecken. Ein solches unmittelbares Verhältniß zwischen Aftermiether und Hauptvermiether sei auch im R. R. anerkannt:

l. 4 pr. D. in quib. caus. pign. etc. (20. 2). Neratius:
Eo jure utimur, ut, quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, *quasi id tacite convenerit.*

l. 5 pr. D. eod.
Pomponius scribit, si *gratuitam* habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae *pignori non esse.*

CCCLV. Im J. 1843 miethete der Weinhändler Hofmann von dem Hausbesitzer Grimm dessen Keller auf ein Jahr, so jedoch, daß für den Fall, wenn der eine oder der andere Contrahent den Vertrag mit Ablauf des Jahres erlöschen lassen wolle, er dieß ein halbes Jahr vorher dem andern anzeigen müsse. Bei Unterbleibung dieser Anzeige sollte der Vertrag allemal auf ein Jahr mit halbjähriger Aufkündigung stillschweigend prolongirt sein. Neben der ausdrücklichen Zusicherung, mit Feuer und Licht vorsichtig umzugehen, erklärte sich der Abmiether ver-

bunden, bei seinem dereinstigen Abgange den gemietheten Keller nebst Inventar in dem erhaltenen guten Zustande wieder zurückzugeben.

Am 6. August 1851 stürzte in Grimm's Hause einer von den zwei das Hintergebäude tragenden und durch den gemietheten Keller hindurch führenden Pfeilern und mit ihm das Gewölbe des Kellers, ingleichen die Decke der über dem Keller befindlichen Niederlage zusammen und durch das Herabstürzen des Schuttes und der Steine wurde ein großer Theil der mit Wein gefüllten Fässer Hofmann's zertrümmert oder doch sehr beschädigt, so daß der Wein auf den Boden des Kellers lief und dem Weinhändler ein Schaden von 1100 Thalern daraus erwuchs.

Da zur Zeit, wo sich dies ereignete, noch keine Aufkündigung erfolgt war, so will Hofmann mit der Klage aus dem Miethvertrage den Schaden von Grimm als dem Vermiether ersetzt verlangen.

Er stützt sich dafür hauptsächlich darauf, daß der Einsturz bei gehöriger Vorsicht und Wachsamkeit von Seiten Grimm's sich recht wohl hätte abwenden lassen. Sein Anwalt denkt auch an eine Nachforderung der cautio damni infecti.

Ist die actio conducti oder ein Anspruch auf cautio d. i. begründet?

l. 19 §. 1 D. loc. cond. (19. 2). Ulp.:

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata. Et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionen non petes. Et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.

l. 1 Cod. de loc. et cond. (IV, 65):

Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus illaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum ei resarcire debet.

l. 13 §. 6 D. de damn. infecto (39, 2). Ulp.:

De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere possit? Et Sabinus ait, inquilinis non esse cavendum; aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt, et habent, quod sibi imputent; aut in vitium aedes inciderunt et *possunt ex conducto experiri*, quae sententia verior est.

Dagegen macht Grimm geltend, Hofmann habe in dem Vertrage die Gefahr über sich genommen, indem er versprochen, den Keller in erhaltenem guten Zustande zurückzugeben.

l. 30 §. 4 D. loc. cond. (19. 2). Alfenus:

Colonus villam hac lege acceperat, ut *incorruptam redderet praeter vim et vetustatem;* coloni servus villam incendit non fortuito casu. Non videri eam vim exceptam respondit; nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.

Kommt Etwas darauf an, ob der Schaden durch Einsturz des Pfei-

lers im Keller oder eines andern nicht vermietheten Theiles des Hauses zugefügt wurde?

CCCLVI. Der Kaufmann Lepper hatte mittelst Contracts vom 3. April 1822 sein ganzes Haus mit Ausnahme einiger Böden und Kellerräume dem Kaufmann Siegmund bis Ostern 1839 vermiethet mit Vorbehalt halbjähriger Kündigung von beiden Seiten am 1. April und 1. October.

Im März 1834 zeigten sich an dem Hause plötzlich bedeutende Risse und Senkungen, die den Einsturz desselben nach sich zu ziehen drohten. Die Polizeibehörde ließ dasselbe deshalb sofort von den sämmtlichen Bewohnern räumen. Hierauf führte Lepper den nothwendig gewordenen Hauptbau aus, wodurch das Haus zum Theil eine veränderte Gestalt und Einrichtung erhielt und kündigte noch während des Baus am 18. Juni und 10. August 1834 dem Kaufmann Siegmund den Miethsvertrag. Als im September der Bau vollendet war, weigerte er sich, den Hauptmiether wieder aufzunehmen. —

Ist diese Weigerung begründet?

CCCLVII. Dunkel hatte von Neumann in dessen Hause eine Stube für jährliche 14 Thlr. vom 1. November 1845 an auf ein Jahr ermiethet mit der Verabredung, das Miethgeld auf das ganze Jahr zu pränumeriren. Er war nach Ablauf des Jahres wohnen geblieben, indem er zugleich die 14 Thaler vorausbezahlt hatte. In gleicher Weise war er später noch in der Wohnung geblieben, auch nachdem N. gestorben und das Haus auf dessen Sohn übergegangen war und hatte auch noch am 1. November 1850 an den Letzteren 14 Thlr. als jährliche Miethe vorausbezahlt. Dessenungeachtet kündigt ihm N. im Mai 1851 die Wohnung für Michaelis desselben J. Dunkel weigert sich nicht nur, diesem Verlangen nachzukommen, sondern glaubt auch, berechtigt zu sein, noch bis zum 1. November 1852 wohnen zu bleiben, weil ihm erst am 1. Nov. 1851 und erst auf ein Jahr später gekündigt werden dürfe.

Ist diese Behauptung richtig?

CCCLVIII. Der Schnittwarenhändler Bause in A. hat von dem Hausbesitzer Grün seit 9½ Jahren gegen ein wöchentliches Budenmiethgeld von 1 Thlr. eine Bude in Miethe, in welcher er auf dem A—schen Markte mit Ausschnittwaaren feilhält. Am Abend jedes Verkaufstags, sobald B. abgeräumt und eingepackt hat, ist Grün durch besondere Verabredung verbunden, die Waaren durch seine Leute aus B's Bude holen zu lassen und sie in einem sichern Lokale unterzubringen, wofür er von B. für jeden Kasten Waare 7½ Sgr. empfängt.

Am 5. Juli 1849 Abends 7 Uhr trat ein ungewöhnlich heftiger Gewitterregen ein, so daß das Wasser vom Hofe herein in das Gewölbe drang, in welches B's Waaren geschafft worden, und sogar in 4 Kasten

desselben, so daß die darin befindlichen Waaren bedeutenden Schaden litten.

B. will gegen Grün auf Ersatz des erlittenen Schadens und zwar auf den Verkaufspreis der Waaren klagen. Er behauptet, daß früher in dem Hofraume des fraglichen Hauses eine 16—17 Zoll hohe Mauer zum Schutze gegen das Regenwasser gestanden habe, dieselbe aber seit einem Jahre eingerissen oder verfallen sei. Hat er diese Behauptung und ihren Beweis nöthig oder bedarf er ihrer nicht? Grün läugnet nämlich, daß eine solche Mauer vorhanden gewesen.

Kann er mit der aquae pluviae arcendae actio die Wiederherstellung der Mauer nnd zugleich Ersatz des bereits erlittenen Schadens fordern? Hat er Anspruch auf cautio damni infecti?

CCLIX. Im J. 1840 hatte die Tuchmacherinnung zu R. dem Mechanicus L. unter Zusicherung einer in 3 gleichen Raten zu zahlenden Accordsumme von 2800 Thlrn. den Bau eines neuen Walkwerkes mit Inbegriff einer Wollwaschmaschine übertragen. Da L. das Werk nicht zur festgesetzten Zeit vollenden konnte, wandte die Innung sich an den Mechanicus Schmid, welcher der Innung schon bisher in dieser Sache technische Assistenz geleistet, und es kam zwischen demselben nnd der Innung am 2. Januar 1841 ein Vertrag zu Stande, mittelst dessen sich beide Theile über folgende Hauptpunkte einigten:

1) Schmid trat für eigne Rechnung in den mit L. geschlossenen Contract ein und verpflichtete sich, die Walke gut und dauerhaft binnen 8 Woche, also bis zum 27. Februar 1841, herzustellen unter der Bedingung, daß während des Baues nicht darin gewalkt werde; die Wollwaschmaschine sollte er erst nach der achtwöchentlichen Frist herzurichten verpflichtet sein.

2) Die Innung versprach ihrerseits Erfüllung des mit L. geschlossenen Contracts und namentlich die Auszahlung der noch restirenden letzten Rate der gedachten Accordsumme 4 Wochen nach erfolgter Uebernahme und Uebergabe der Walke; würde die Auszahlung alsdann unter Beziehung auf vorhandene Mängel verweigert werden, so sollte die Walke bis zu erfolgter Begutachtung durch die von beiden Theilen zu ernennenden Sachverständigen geschlossen werden. Auch sollte am Tage der Uebernahme Schmid ein Honorar von 120 Thlrn. für die der Innung schon früher geleistete technische Assistenz erhalten. Da Schmid am 27. Februar die Walke noch nicht herstellen konnte, so vereinigte er sich nach anderweiten Verhandlungen mit der Innung am 8. April dahin, daß er das Walkwerk bis zum 13. April, die Wollwaschmaschine aber längstens drei Wochen nach diesem Tage (also bis zum 4. Mai) zu vollenden und übergeben habe; für jeden Tag der Verspätung in Uebergabe der Walke solle Sch. 25 Thlr., für verspätete Uebergabe der Wollwaschmaschine 15 Thlr. als Conventionalstrafe zahlen. Während der künftigen Probezeit solle die Walke Tag und Nacht in ununterbrochenem Gange erhalten werden und die während dieser Zeit am Walkwerke (soweit es Schmid gefertigt)

vorkommenden Reparaturen solle Letzterer aus eignen Mitteln herstellen.

Am 13. Mai erfolgte wirklich die Uebergabe und Uebernahme der Walke, doch erklärte dabei die Innung, daß sie das Werk noch keineswegs für contractmäßig hergestellt zu erkennen vermöge. Dessenungeachtet gebrauchte sie die Walke (ohne sie zu schließen) ununterbrochen bis zum 2. Juni 1841.

Hierauf trat Schmid zu Ende Juni mit einer Klage gegen die Innung hervor, worin er die erwähnten Thatsachen anführte und hinzufügte, an der Uebergabe der Wollwaschmaschine sei er durch die Innung selbst verhindert worden, indem deren Ausschuß dem Kläger am 3. Mai erklärt habe, die Aufstellung der Wollmaschine müsse vor der Hand noch unterbleiben.

Die beklagte Innung räumte die vom Kläger behaupteten Thatsachen ein mit Ausnahme der zuletzt angeführten; ihr Ausschuß habe die Aufstellung der Wollwäsche nicht auf unbestimmte Zeit abgelehnt, sondern nur erklärt, dieselbe könne vom 4. bis 8. Mai nicht erfolgen. Da nun aber auch nach dieser Zeit Kläger jene Maschine nicht übergeben habe — obgleich ihm von Seite der Beklagten Nichts entgegengestanden — so stehe seiner Forderung schon deshalb, außerdem aber auch wegen contractwidriger schlechter Beschaffenheit der Walke, die exceptio non adimpleti contractus entgegen. Jedenfalls habe Beklagte Gegenforderungen an ihn wegen verspäteter Uebergabe der Wollwäsche.

Kommt etwas auf den Beweis an, daß der Ausschuß sich so, wie Beklagte behauptet, erklärt habe, und auf den Beweis der Mangelhaftigkeit der Walke? Oder ist die Innung ohne Weiteres zu verurtheilen? Oder hat die Klage in angebrachter Maaße nicht Statt?

CCCLX. Dr. A. ließ sich von dem Maler Z. in Oel porträtiren, wofür der Preis im Voraus auf 4 Louisd'or festgesetzt war. Das von Z. zu Stande gebrachte Bild erschien jedoch dem Dr. A. als gänzlich mißlungen und Z. selbst gestand ein, er sei nicht damit zufrieden, es sei nicht so ähnlich, wie es sein sollte und erklärte sich bereit, sofort ein neues Portrait herzustellen. A. mußte ihm dazu wieder einige Tage sitzen und das zweite Bild fiel wenigstens erträglich aus, so daß A. sich damit zufrieden zeigte. Er bekam jedoch am andern Tage nicht nur das zweite, sondern auch das erste Portrait zugeschickt mit einer Rechnung, auf welcher 8 Ld'or als Preis für 2 gelieferte Portraits angesetzt waren.

Muß Dr. A. diese Rechnung bezahlen?

CCCLXI. Der Botenfuhrmann Simon empfing vom Gastwirthe M. in Schönau im Auftrag des Kaufmannes Näber in L. eine mit A. F. gezeichnete Kiste mit Waaren, um sie gegen ein bedungenes Frachtlohn an den Landfuhrmann Hunger in Dresden zur Weiterbeförderung an August Fischer in Neustadt abzuliefern. Als er mit dieser Kiste bis Chemnitz gekommen war, erhielt er einen neuen Frachtbrief über dieselbe

Kiste, worin dieselbe an August Vischer in Neustadt adressirt und mit A. V. signirt war.

Nachdem sich später herausgestellt hatte, daß die fragliche Kiste nicht an den Adressaten gelangt war, will Näder gegen die Erben des inzwischen verstorbenen Simon klagen.

Kann er klagen? Wie müßte er die Klage begründen? Worauf müßte das Klaggesuch gerichtet werden? — Ist der Empfang von einem andern als dem eigentlichen Absender und die spätere Veränderung des Frachtbriefs von Einfluß?

Können die Beklagten geltend machen, ihrem Erblasser sei der Inhalt des zweiten Frachtbriefs nicht bekannt geworden, den Beweis dieser Behauptung vorausgesetzt?

Die Erben des S. behaupten nämlich, in dem zweiten Frachtbriefe sei die Ablieferung an H. nicht vorgeschrieben gewesen.

CCCLXIa. X. sagte im Herbste 1852 zu dreien auf seinem Hofe beschäftigten Tagelöhnern A., B. und C.: „Ihr sollt mir im nächsten Frühjahre den hier vor uns liegenden Composthaufen auf meinen Acker fahren nnd dafür Jeder 2 Thlr. 20 Sgr. Lohn erhalten.“ Sie nahmen diese Offerte an, und als der Frühling kam, forderte X. den A. und B. zur Verrichtung der übernommenen Arbeit auf, nicht aber den C., statt dessen er den D. unter Zusage gleichen Lohnes beauftragte. Diese 3 Personen schafften den Haufen auch wirklich in $3^1/_2$ Arbeitstagen fort. Im Sommer 1853 klagte nun C. auf Zahlung der 2 Thlr. 20 Sgr., welcher sich X. mit dem Bemerken weigerte, daß sich C. zur Ausführung der Arbeit nicht eingefunden, obgleich er gewußt habe, daß A. und B. aufgefordet seien, an einem bestimmten Tage mit derselben zu beginnen. Eventualiter erklärte sich Bekl. bereit, dem Kläger im nächsten Frühlinge eine gleiche Arbeit unter denselben Bedingungen zu übertragen. Hierauf wollte sich dieser indeß nicht einlassen, obwohl er zugestand, um den auf den bestimmten Tag festgesetzten Anfang der Arbeit gewußt zu haben, er bestand auf Zahlung des libellati und fügte hinzu, daß er sich nur zur Fortschaffung eines bestimmten Haufens verpflichtet habe, der jetzt nicht mehr vorhanden sei, und dessen Fortbringen ihm vom Beklagten selbst unmöglich gemacht worden sei. Ohnehin werden sich die Arbeitsverhältnisse im nächsten Frühjahre vielleicht ganz anders gestalten, im Frühlinge 1853 sei nur mit Mühe und häufig gar keine Arbeit zu bekommen gewesen, jetzt werden Arbeiter sehr gesucht und besser bezahlt, welches allem Anscheine nach noch Jahre lang so bleiben werde.

Kann C. die eingeklagte Summe verlangen? Würde er etwa, wenn die Preise sich im Frühlinge 1854 denen aus dem Herbste 1852 oder Frühjahre 1853 gleich oder vielleicht niedriger stellen, noch zu arbeiten haben?

CCCLXIb. Gabriel B. vermiethete sich an den Gutsbesitzer K. in X. für einen Lohn von 55 Thlr. auf die Zeit vom 1. Oct. 1864 bis

dahin 1865 als Kutscher, wobei ausdrücklich festgesetzt wurde, daß er zwei Pferde zum Fahren und zur Wartung erhalten, ihm auch ein eigenes heizbares Zimmer zur Wohnung und Schlafstätte eingeräumt werden solle. Er fand sich am 1. Oct. 1864 zum Antritt seines Dienstes ein, da er aber statt des Gutsbesitzers K., der inmittelst verstorben war, den Neffen und Erben desselben, Namens U. als Herrn des Guts vorfand, und dieser ihm statt des heizbaren Zimmers eine unheizbare Kammer und statt eines Zweigespanns ein Viergespann zum Fahren und zur Wartung überwieß, weigerte sich Gabriel B. den Dienst anzutreten, entfernte sich und trat bei einem andern Herrn in Dienst. Der Gutsbesitzer U. klagte nun gleich nach Ostern 1865 gegen ihn auf Zahlung von 10 Thlrn., wobei er anführte, daß er durch Nichterfüllung des vom Bekl. mit seinem Erblasser geschlossen Vertrags in Schaden gekommen, indem er genöthigt worden sei, einen andern Kutscher zu miethen und einen solchen nur gegen 65 Thlr. Lohn, die er demselben auch bezahlt, habe bekommen können.

Bekl. läugnet letzteres nicht, behauptete aber überhaupt dem Kläger gegenüber nicht verpflichtet zu sein, weil er nur mit dem Erblasser desselben contrahirt habe, und es ihm nicht gleichgültig sein könne, bei wem er diene. Kläger sei als ein eigensinniger Mensch bekannt, der Verstorbene ein angenehmer Herr gewesen. Auch sei Beklagtem ja nicht zu Theil geworden, was er dem Vertrage gemäß habe verlangen können, daher er, auch wenn man den Uebergang der dem Verstorbenen aus dem Dienstvertrage erwachsenen Rechte auf dessen Erben annehmen wollte, nicht verpflichtet gewesen sein würde, seinerseits den Contract zu erfüllen.

Kläger entgegnete: es verstehe sich von selbst, daß er als in die Stelle des ursprünglichen Contrahenten eingetreten anzusehen sei. Der Contract sei durch die Zuweisung von 4 Pferden und Nichteinräumung eines heizbaren Zimmers nicht aufgehoben worden, Beklagter hätte seinen Dienst wenigstens antreten müssen, und sich weigern können, mehr als 2 Pferde zu warten und mit mehreren zu fahren, bezw. hätte er auf Einräumung eines heizbaren Zimmers klagen müssen. Uebrigens würde Kläger seinen Wünschen, wenn Beklagter länger darauf bestanden, auch in Güte genügt haben.

Für wen und aus welchen Gründen ist zu entscheiden?

---

§. 368.

CCCLXII. Im Jahre 1838 hatte ein Hamburgisches Schiff in Amerika 250 Centner Kaffee à 9 Thlr., für das Handlungshaus Bremer in Hamburg, 200 desgl. zu demselben Preise für den Kaufmann Breithaupt daselbst geladen, außerden 200 Centner Tabaksblätter, à 3 Thlr., für den Kaufmann Roth und 150 Fässer Zucker, das Faß für 120 Thlr., für das Haus Stoppel. Unterwegs entstand Sturm und 300 Centner Kaffee mußten zur Erleichterung über Bord geworfen werden.

Auf welche Weise kommen Bremer und Breithaupt zum Ersatz des verlorenen Kaffees? Es waren von jedem 150 Centner in die See geworfen worden. Zu bemerken ist, daß Beide bereits Bestellungen auf 200 Centner Kaffee zu 13 Thlr. hatten, daß Stoppel den empfangenen Zucker das Faß zu 120 Thlr. und Roth den Taback den Centner zu 5 Thlr. verkauft hat. Das Schiff, dessen Eigenthümer X. ist, wird auf 20000 Thlr. pr. C. taxirt.

§. 369.

CCCLXIII. Pfänder hatte seinen zu M. gelegenen Gasthof an Juncker verkauft, ohne Letzterem zur Bedingung zu machen, daß er wegen des Miethbewohners Eberhard in seine Verbindlichkeit trete; P. hatte vielmehr den Letztern nur davon in Kenntniß gesetzt, daß der Grundsatz: „Kauf bricht Miethe“ eintrete und demgemäß die zwischen ihm und E. bestehenden miethcontractlichen Verhältnisse sich von selbst lösten. In Folge davon protestirte E. wider die Confirmation des gedachten Kaufs und wider die dem Käufer zu gewährende Lehnreichung für den Fall, daß sein bis Ostern 1848 dauernder Miethcontract nicht vorher vom Käufer übernommen werde, indem er diesen Miethcontract vor Gericht producirte. Gegen die Anwendung des Grundsatzes: „Kauf bricht Miethe“ bemerkte er, derselbe bestimme das Verhältniß des Miethers nur dem Käufer, nicht dem Vermiether gegenüber.

l. 25 §. 1 D. loc. cond. (19. 2). Gajus:

Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare *debet*, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Dieß dürfe man nicht so verstehen, daß es in der Willkür des Vermiethers stehe, seiner ursprünglichen Verbindlichkeit nachzukommen oder das Interesse zu prästiren, schon nach Röm. R. nicht, weil es gegen die bona fides verstoßen würde, noch weniger nach heutigem Rechte, welches auch bei Obligationen auf ein Thun eine Verurtheilung auf den ursprünglichen Gegenstand (das Thun) zulasse.

CCCLXIV. In dem Städtchen X. hatte der Musiklehrer Fiedler von dem Hauseigenthümer Bode eine Wohnung auf 5 Jahre gemiethet, um darin eine Leihbibliothek zu errichten, ein Unternehmen, wofür sich namentlich Bode sehr interessirte, der ihm deshalb auch den Miethpreis um 10 Thlr. billiger stellte, als den früheren Miethsleuten. Nach Ablauf der 5 Jahre sollte jeder der beiden Contrahenten zu halbjähriger Kündigung berechtigt sein. Schon nach $^3/_4$ Jahren ging jedoch die Leihbibliothek wieder ein — theils wegen zu schwacher Theilnahme von Seiten des Publicums in X., theils aus Mangel an den nöthigen Mitteln bei F., und Letzterer verkaufte die dazu angeschafften Bücher an einen

Antiquar. Durch Fürsprache einflußreicher Freunde gelang es ihm dagegen, kurz darauf die Stelle eines Stadtmusicus in X. zu erhalten. In Folge davon wurden in seiner Wohnung öfters Proben und Einübungen der bei Fiedler in der Lehre Befindlichen gehalten. Bode möchte ihm deshalb schon jetzt kündigen — zweifelt jedoch, ob er dazu berechtigt sei, weil erst $1^1/_2$ Jahre von den ausbedungenen 5 Jahren verflossen seien.

Welcher Bescheid ist ihm hierüber zu geben? —

---

§. 370—372.

CCCLXV. Der Secretär Z. klagt gegen den Buchhändler Meier und den Professor X. auf Theilnahme am Gewinne der unter den Beklagten bestehenden Societät zur Herausgabe gemeinnütziger Schriften. Er führt in seiner Klage als solche Thatsachen, aus welchen seine Eigenschaft als Mitglied der Gesellschaft folge, an:

1) daß er zuerst den Beklagten auf den großen Gewinn, der durch ein solches Unternehmen zu erlangen, aufmerksam gemacht und den Vorschlag zur Errichtung einer Gesellschaft gethan, mithin den Anstoß gegeben und den Grund gelegt habe;

2) daß in der Folge zwischen den Beklagten und ihm mündlich verabredet worden, daß Meier die nöthigen Gelder vorschießen, dagegen er, Kläger, zusammen mit X. die erforderlichen operae leisten solle;

3) daß er zu diesem Zweck den Briefwechsel geführt, die Accorde wegen Anschaffung des Papiers, der Lettern und Druckerpressen eingegangen und die Pränumerationeu besorgt, nicht minder den Auftrag zu den Correcturen erhalten habe, den er jedoch wegen Abwesenheit in den 2 Jahren nicht auszuführen vermocht;

4) daß der mit dem M. von den Beklagten über ein Anlehen von 1000 Thlr. geschlossene Contract unter seiner Genehmignng und geleisteter Bürgschaft eingegangen worden, und daß von dem beklagten Meier keine Auszahlung ohne seine Anweisung habe geschehen dürfen, daß er überhaupt die meisten in das öconomische Fach einschlagenden Geschäfte der Gesellschaft besorgt habe, und

5) daß er als Mitglied der Gesellschaft durch eine Anzeige in der Frankfurter Zeitung anerkannt sei, worin die bevorstehende Herausgabe einer Sammlung gemeinnütziger Schriften angezeigt und dabei Z., der Kläger, als Mitarbeiter genannt war.

CCCLXVI. A. und B. in T. hatten verabredet, gemeinschaftlich ein $^1/_2$ Loos der N'sche Lotterie zu spielen. Da dasselbe in der Ziehung der 1. Klasse nicht herauskam, so ließ es A. zur 2., dann zur 3. und auch zur 4. Klasse renoviren und zahlte, da B. inzwischen von T. weggezogen war und Nichts von sich hören ließ, den Betrag aus eigenen Mitteln. In der Ziehung der 4. Klasse kam das Loos mit einem Gewinn von 2000 Thlrn. heraus. B., der davon hörte, verlangt die Hälfte davon gegen Ersatz der halben Auslagen.

A. verweigert ihm die Herausgabe der Hälfte, indem er sich auf die Bestimmung der N'schen Lotteriedirection bezieht, daß derjenige, der ein Loos nicht 3 Tage vor der Ziehung einer neuen Klasse renovire, des Anspruchs auf den Gewinn verlustig geht. —

CCCLXVII. Der Müller Fritz hatte sich mit den Landwirthen Stein und Zöllner dahin vereinigt, daß der Letztgenannte einen 4=sitzigen Wagen, die beiden Erstern jeder ein Pferd stelle, um so mit einem zweispännigeu Wagen von dem Bahnhofe bei X. Personen uach dem 1/2 Stunde entfernten Z. und umgekehrt zu befördern, Alles dies auf gemeinsame Kosten. Außerdem fuhr Zöllner noch auf eigne Rechnung mit einem einspännigen Geschirr zwischen X. und Z.

Am 3. Juni sollte das gemeinschaftliche Unternehmen, woran jeder zu 1/3 Theil haben sollte, in Wirksamkeit treten; auch hielt das Geschirr in der verabredeten Weise am Bahnhofe zu X. Es kam jedoch in den ersten 3 Tagen Niemand, um es zu benutzeu, da die wenigen Passagiere, welche in X. ausstiegen, um nach Z. zu gehen, es vorzogen, den kürzeren Fußweg zu wählen. Am 6. Juni erkrankte das Pferd des F., angesteckt von einem Pferde, welches Zöllner auf eigene Rechnung gekauft und mit welchem es F. in einem Stalle zusammengestellt hatte, und starb am folgenden Tage.

Stein und Zöllner beschlossen darauf, von nun an einspännig zu fahren und setzten so vom 7. Juni an ihr Geschäft, welches sich zu heben anfing, fort. Da Fritz, der sich noch immer als Theilhaber zu 1/3 betrachtet, als solcher von Z. und St. nicht anerkannt wird, so klagt er am 6. August gegen Letztere auf Herausgabe von 1/3 des Gewinnes, den sie bisher bezogen, und Anerkennung seines Rechts für künftig. Außerdem verlangt er von Z. Ersatz seines crepirten Pferdes.

Entscheidung.

CCCLXVIII. Der Kammersänger D. in Darmstadt hatte mit dem Theatersecretär Flach, als Bevollmächtigten der Herren Rahm und Stäckel, Unternehmer der deutschen Oper in London, einen Vertrag abgeschlossen, wonach D. sich für ernste Baßpartieen bei jener Oper vom 10. Mai 1834 an auf zwei Monate engagirte gegen ein monatliches Honorar von 200 fl. mit kostenfreier Reise nach London und zurück, sowie freier Wohnung und Verköstigung in London. D. reiste darauf nach London, stellte sich den genannten Herrn zur Verfügung und erfüllte seine Verbindlichkeiteu. Von dem ihm versprochenen Honorar jedoch erhielt er nur 224 Gulden in Stückzahlungen; den Rest von 176 Gulden konnte er ungeachtet der dringendsten Mahnungen nicht erhalten. Als darauf im April 1834 Rahm nach Darmstadt kam, klagte D. gegen ihn auf Zahlung der 176 Gulden. R. entgegnet ihm, da er an dem Unternehmen der deutschen Oper nur zur Hälfte betheiligt sei, so brauche er auch nur

die Hälfte — 88 Gulden — zu zahlen. Wegen der anderen Hälfte möge D. sich an den in London befindlichen Stäckel halten.

Wie ist zu entscheiden?

Vgl. l. 1 §. ult. D. de exerc. act. (14, 1) Ulp.:

Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest.

l. 2 D. eod. Gajus:

Ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit.

l. 3 D. eod. Paulus:

Nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat; eumque, qui praestiterit, societatis judicio a ceteris consecuturum.

l. 4 D. eod. Ulp.:

Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur; neque enim invicem sui magistri videntur. §. 1. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri. §. 2. Sed si servus plurium navem exerceat voluntate eorum, idem placuit, quod in pluribus exercitoribus. Plane si unius ex omnibus voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur; et ideo puto et in superiore casu in solidum omnes teneri.

l. 13 §. 2 D. de instit. act. (14, 3) Ulp.:

Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro portione mercis, an vero in solidum, Julianus quaerit. Et verius esse ait, exemplo exercitorum et de peculio actionis, *in solidum unumquemque* conveniri posse.

l. 44 §. 1 D. aedil. edicto (21, 1) Paulus:

Proponitur actio ex hoc edicto in eum, cujus maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut, quidquid agunt, in commune videantur agere. Aequum enim Aedilibus visum est vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emtor cum multis litigare; quamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt. Nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.

l. 82 D. pro socio (17, 2) s. u. bei Nr. 371.

CCLXIX. Der Kaufmann Rusch in Hamburg stand mit dem Kaufmann Dencker in Pernambuco dergestalt in Handelsverbindung, daß der Erstere in Hamburg auf gemeinschaftliche Rechnung Waaren einkaufte und dem Letzteren nach Pernambuco sandte, damit sie Dencker dort, ebenfalls auf gemeinschaftliche Rechnung, verkaufe.

D. war aus dieser Handelsverbindung sowohl an Einkaufskosten als an Erlös für von ihm verkaufte Waaren dem R. bereits einen bedeutenden Betrag schuldig, als R. das Haus Hutchinson & Comp. in Hamburg bewog, vom 1. Jan. 1841 an sich bei dem Geschäfte in der

Weise zu betheiligen, daß es für alle ferneren Einkäufe die Hälfte der Kosten beitragen, dafür aber die Hälfte des Erlöses erhalten solle. Ueber den bereits von D. an R. geschuldeten Betrag wurde dabei Nichts verabredet.

Das Geschäft ging eine Zeit lang in der bisherigen Weise fort. Dencker übermachte von Zeit zu Zeit Werthsendungen an R.; diese trug dann R., der seine Correspondenzen und Bücher allein führte, lediglich auf seine von früher her begründeten Forderungen ein. Nur den Ueberschuß, der nach Abtrag dieser Forderungen verblieb, rechnete er auf die neu entstandenen Schulden zu Gute.

Als endlich D. in Concurs gerieth, so daß nach einem Berichte des von R. und H. ernannten Bevollmächtigten in P. aus der Concursmasse Nichts zu erhalten, verlangte H. & Co. von R. Rechenschaft über das, was Dencker bisher eingezahlt habe. R. legte die Bücher vor, woraus sich ergab, daß D. zwar im Ganzen 6000 Thlr. in Wechseln übersandt habe, daß davon aber 4500 Thlr. von R. auf sein Guthaben von 1841 angerechnet worden — die übrigen 1500 Thlr. aber zur Hälfte auf seinen, zur Hälfte auf H's Theil. Der Gesammtbetrag der seit 1841 für R. und H. entstandenen Forderungen (für Einkäufe wie für Erlös aus dem Verkaufe) betrug 5500 Thlr. H. & Comp. verlangen die Hälfte dieser Summe, 2750 Thlr., von R. ersetzt, dieser will ihnen nur 750 Thlr. gewähren.

Kommt hierbei Etwas darauf an, ob Dencker seine Werthsendungen ausdrücklich auf die vor 1841 entstandenen Forderungen angerechnet wissen wollte? Oder darauf, daß R. im Comtoir von H. & Co. und unter deren Augen die Bücher führte? —

CCCLXX. Die Maschinenflachsspinnerei zu H. hatte den Techniker L. als technischen Betriebsdirigenten angenommen und es war demselben außer dem bestimmten Salair eine Tantième von 5 Procent des Reingewinnes zugesichert. Derselbe sollte jedoch nach §. 5 des Contracts in allen Fällen den Anordnungen des mit der speciellen Leitung beauftragten Directors der Maschinen-Flachsspinnerei nicht nur in Bezug auf das Spinnen der Garnsorten, sondern überhaupt auch in Bezug auf das ganze Fabrikunternehmen pünktlichst nachgehen u. s. w. Es entstanden nun wirklich bald mehrere Streitigkeiten, indem L. sich beklagte, daß M. seine Rathschläge nicht befolge und so das schnelle und glückliche Emporblühen der Fabrikanstalt verhindere. L. verlangt deshalb Niedersetzung eines Schiedsgerichts, und da M. sich dessen weigert, so klagt er darauf, daß M. einen Schiedsrichter bestellen lasse.

Ist die Klage zulässig?

CCCLXXI. Wilhelm Hofmann vereinigte sich mit Philipp Werner zu gemeinschaftlicher Führung der damals in L. unter der Firma M. H. bestehenden Handlung, welche Hofmann kurz zuvor käuflich an sich

gebracht hatte. Zufolge einer über den Bestand dieser Handlung aufgenommenen Inventur verblieb nach Abzug der in den Handlungsbüchern notirten Passiva ein Fonds von 4500 Thlrn., welchen Hofmann in die Societät mitbrachte. Werner unterzog sich, ohne Vermögen in die Handlung einzubringen, den zur Betreibung derselben erforderlichen Arbeiten und führte so mit Hofmann das Geschäft 3 Jahre lang fort.

Im Juni 1849 zeigte, während Werner sich auf einer Geschäftsreise befand, Hofmann für sich und zugleich für W. bei dem Stadtgericht zu L. die Insolvenz ihrer gemeinschaftlichen Handlung an, indem laut des übergebenen Status activus et passivus das Vermögen der Handlung nur in 13269 Thalern bestehe und dagegen 19672 Thaler Handlungsschulden vorhanden seien. Zugleich gab er einen von W. am Tage vor seiner Abreise ausgestellten Revers zu den Acten, worin W. bekannte: „daß alles zur Handlung Gehörige Herrn Hofmann sei, und im etwaigen Todesfalle Niemand wegen seiner Etwas an diesen zu fordern berechtigt sei."

Nachdem hierauf ein Curator bonorum bestellt worden, langte ein Schreiben von W. bei dem Stadtgerichte ein, worin derselbe erklärte, daß Hofmann ohne seinen Auftrag und wider sein Wissen und seinen Willen um Eröffnung des Concurses nachgesucht habe. Die Handlung sei keineswegs insolvent; Hofmann habe in dem übergebenen Status auch 6050 Thlr. Einbringen seiner Ehefrau, 4000 Thlr. Wechselforderung Christian Müller's und 3000 Thlr. dergleichen Georg Hofmann's als Handlungs*passiven* mit aufgeführt, obgleich diese doch nur *Privat*schulden Philipp Hofmann's seien, weshalb sie auch nicht in den Handlungsbüchern notirt seien. Er verlangt daher Ausantwortung der Hälfte des Handlungsbestands. Durch den an H. ausgestellten Revers habe er sich seines Rechts daran nicht begeben, sondern nur erklären wollen, daß er keinen *baaren* Ueberschuß in der Handlung habe, mithin, wenn er auf der Reise sterbe, an seine Erben Nichts herauszuzahlen sei. —

Diesem Ansuchen wird sowohl vom Curator bonorum als von Hofmann widersprochen und namentlich hervorgehoben, daß die erwähnten Wechselschulden und das Einbringen der H'schen Ehefrau deshalb als Handlungsschulden anzusehen seien, weil davon die Handlung gekauft worden sei.

l. 82 D. pro socio (17, 2). Papin.:

> Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur; nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

Auch könne W. nur die Hälfte vom *Gewinne*, nicht die Hälfte an dem von H. hergegebenen *Fonds* beanspruchen.

---

§. 373.

CCCLXXII. In dem Testamente des Kaufmanns *Leitner* war ein demselben gehöriger Garten seinen beiden Neffen *Reichard* und *Thon* als Vermächtniß hinterlassen mit der Bestimmung, daß, wenn Reichard

ohne Kinder und unverheirathet sterben würde, dessen Antheil an seinen Cousin Ludwig fallen sollte. Dieser vorbedachte Fall trat wirklich ein, indem Reichard auf einer Reise starb, wovon die Nachricht erst längere Zeit nach dem erfolgten Tode einlief, und Ludwig, auf welchen nun der Antheil R's fiel, trug auf Theilung des gemeinschaftlichen Gartens an, worauf auch die Theilung vom Gerichte vorgenommen wurde. Kurz darauf wurde Thon von dem Hofrath Klein um Zahlung von 200 Thalern gemahnt, für welche der Garten von L. dem K. verpfändet war.

Thon wünscht zu wissen, wie er sich zu verhalten habe, ob er den ganzen Betrag der 200 Thaler bezahlen müsse? Wenn dieß der Fall, ob und auf welchem Wege er von Ludwig den Ersatz der Hälfte verlangen könne? Kann er von K. die Cession der Klage gegen L. beanspruchen?

Zugleich bittet er um ein Gutachten:

1) über die Frage, ob er Ersatz von Ludwig fordern könne dafür, daß er, als das Grundstück noch gemeinschaftlich gewesen, das darin befindliche Gartenhäuschen (welches dann abgebrannt sei) wieder habe repariren lassen.

Welche Klage er deshalb anstellen könne? Er habe freilich damals, weil der Tod R's, obgleich schon eingetreten, doch noch nicht bekannt gewesen, geglaubt, für diesen zu handeln — würde aber dasselbe gethan haben, wenn er auch gewußt hätte, daß Ludwig sein Miteigenthümer geworden wäre.

2) In den letzten Tagen sei ein Unbekannter aufgetreten, der sich für einen Sohn R's ausgebe mit dem Anführen, R. habe sich kurz vor seinem Tode mit seiner, des angeblichen Sohnes, Mutter trauen lassen und ihn als Sohn anerkannt. Derselbe beanspruche jetzt die Erbschaft Reichard's und zugleich die Hälfte des Gartens. Thon bittet um Auskunft, ob auch er zu fürchten habe, daß ihm die Hälfte seines Stücks genommen und er an Ludwig verwiesen werde?

Ob er im letztern Falle von Ludwig oder von dem angeblichen Sohne Reichard's den Ersatz der Verbesserungen, die er jetzt erst auf das ihm in der Theilung zugefallene Stück gemacht habe, verlangen könne?

Vgl.: l. 65 D. de evict. (21, 2) Papin.:

Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt; cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit. Idque placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur; quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiae erciscundae judicium eo nomine utile est; nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri.

l. 14 §. 1. D. comm. div. (10, 3) Paulus:

Diversum est enim, cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut

communis. Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo; quia neminem mihi obligare volui. At cum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem.

l. 11 eod. Gajus:

In summa admonendi sumus, quod si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oporteet, eo nomine agere velit, communi dividundo judicium utile datur.

---

§. 374.

CCCLXXIII. In einer 1849 von Johann Schütz gegen Melchior Walther, der sich, wie S. behauptete, ein Stück von dessen Grundstücke angemaaßt, eingereichten Klage war das Petitum dahin gerichtet, „daß dem Kläger der ältere und bessere Besitz an seinem Grundstücke in der auf einem beigegebenen Ocularrisse bezeichneten Weise zustehe und daher Beklagter nicht allein sich aller ferneren Besitzstörungen bei namhafter Strafe zu enthalten, sondern auch das im Ocularrisse bezeichnete Stück mit den gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen herauszugeben schuldig sei.“ Da die Behauptungen, auf welche die Klage gestützt war, insoweit erwiesen wurden, daß ein Besitztitel, durch welchen das Grundstück im J. 1824 auf den Vater des Klägers gekommen, feststand, und daß durch zwei Zeugen günstig ausgesagt wurde, durch den einen, daß Kläger seit 20 Jahren, durch den andern, daß er und seine Vorfahren seit länger als 40 Jahren das fragliche Stück besessen, so wurde erkannt, daß dem Kläger der ältere und bessere Besitz an dem in der Klage beschriebenen Grundstücke in der im Ocularrisse bezeichneten Weise zustehe u. s. w. In den Entscheidungsgründen war gesagt, die Klage könne nicht als possessorisches Interdict gelten, weil Kläger selbst angeführt, daß er seit Anfang des Jahres 1848 nicht mehr besitze, ohne daß er die Besitzentziehnng als eine eigenmächtige bezeichnet habe; sondern die erhobene Klage sei „die rei vindicatio oder die publiciana in rem actio oder beide zusammen.“ — Durch die erwähnten Zeugenaussagen in Verbindung mit dem Beweise des Besitztitels sei demnach der Grund der Klage als erwiesen zu erachten. Dieses Erkenntniß ging auch in Rechtskraft über. —

Hierauf erhob Walther, der in diesem Processe unterlegen, die actio finium regundorum gegen Schütz, indem er anführte, die Grenze zwischen seinem und dem Schützischen Grundstücke sei nicht versteinigt und darum verdunkelt und in Verwirrung gebracht. Dieß gehe namentlich daraus hervor, daß sein (W's) Grundstück weniger Ackergehalt habe, als es seinem Kaufdocumente nach haben sollte, nämlich nicht $1^1/_8$, sondern nur $1^1/_{16}$ Acker. (Dieser Umstand wurde später auch vom Kläger bewiesen.) Dieß sei daher gekommen, weil Schütz und seine Vorfahren sich Uebergriffe in sein (W's) Besitzthum erlaubt hätten. Er bitte demnach, zu erkennen, daß die beiderseitigen Grundstücke vermessen und nach dieser Vermessung die Grenze ermittelt und versteinigt werden solle.

Schütz widerspricht diesem Antrage mit Bezug

1) auf die frühere res judicata, wodurch ihm, dem S., das Grundstück in dem von ihm auf einem beigelegten Handrisse bezeichneten Umfange als Eigenthum zugesprochen worden,

2) auf die bereits eingetretene Verjährung der actio finium regundorum, da nach Aussage eines Zeugen in dem früheren Processe das Grundstück in dem Umfange, wie das vorige Erkenntniß ihn anerkannt, schon seit länger als 40 Jahren von Schütz und seinen Vorfahren besessen worden. — (Dasselbe sagte noch ein zweiter vom Beklagten vorgeschlagener Zeuge für einen 30jährigen Zeitraum aus.) —

Walther bemerkte hiergegen in seiner Replikschrift, 1) die frühere rechtskräftige Entscheidung habe nur den Besitzstand betroffen; gesetzt aber auch, es sei dadurch das Eigenthum des damaligen Klägers anerkannt worden, so wäre auch dieß ohne Einfluß auf den jetzigen Proceß, weil es sich damals bloß vom Besitze eines bestimmten Areals, nicht von einer durchgängigen Grenzregulirung gehandelt habe und weil auch selbst eine Vindicationsklage die actio finium regundorum nicht ausschließe. Durch die rei vindicatio werde die rechtliche Seite des Anspruchs auf ein Grundstück, durch die a. fin. reg. die factische Seite desselben durchgeführt, durch jene werde die Quote festgestellt, die der Eigenthümer von einer ein Ganzes bildenden Fläche zu erhalten hat, durch diese erlange er die Zuweisung des jener Quote entsprechenden Theils der Fläche.

2) Die Einrede der Verjährung könne gegen die actio finium regundorum nicht geltend gemacht werden, weil die Folge davon eine dauernde Grenzverwirrung sein würde. Der Gegner habe nicht einmal behauptet, daß sein, Klägers, Anspruch auf die ihm gebührende Quote der Grundfläche verjährt oder aberkannt worden; so lange aber dieser Anspruch bestehe, sei er auch zur Anstellung der actio finium regundorum berechtigt.

Entscheidung.

---

§. 380.

CCCLXXIV. Der Wollhändler Möller in W. stand mit dem Kaufmann Schäfer in A. und dem Handlungshaus Koch daselbst in Geschäftsverbindung und war am Schlusse des Jahres 1844 dem Ersteren 3717 Thlr., dem Letztern 5694 Thlr. schuldig geblieben. Beide Posten waren bereits fällig und M. deshalb gemahnt, als der Letztere im Februar 1835 in Erfahrung brachte, daß die Handlung F. zu Leipzig, von der er selbst 6000 Thlr. zu fordern hatte, in Concurs gerathen sei und er überzeugte sich, daß er bei dem ganzen oder theilweisen Verluste dieser Forderung seine eignen Schulden nicht werde bezahlen können. — Unter diesen Umständen begab sich M. am 27. Febr. 1845 selbst nach A., um sich bei einem dortigen Sachwalter Raths zu holen. Er war bereits im Begriffe, in die Handlung K. zu gehen und deren Inhaber um Nachsicht zu bitten, unterließ es jedoch, weil ihm Freunde davon abriethen mit der Bemerkung, er laufe Gefahr, auf K's Antrag sofort in Haft genommen zu werden. Dagegen ging er noch am Abend desselben Tags zu Schäfer,

den er eben beim Schließen des Comptoirs traf und sagte demselben, F. in Leipzig sei banquerot; auf die Frage Schäfer's, wie viel er ihm (Sch.) schuldig sei, vermochte er dieß nicht sofort anzugeben und so gingen beide aus einander.

Am andern Morgen in aller Frühe fand sich bei Möller in dessen Wohnung zu W. der Procurist Schäfer's, Ernst, ein und forderte von M. Zahlung unter der Versicherung: „Sie geben mir, was Sie haben; ich schreibe es Ihnen gut und Sie können dann wieder auf uns ziehen." M. wurde darauf bewogen, dem M. den ganzen Bestand seiner Kasse in 180 Louisd'oren zu 5 Thlr. 12 Gr. und 2600 Thlrn. in Scheinen zu überliefern. Ernst nahm die Zahlung in Empfang und schrieb dieselbe in M's Buch unter dem Datum des vorhergehenden Tags (27. Febr.) ein. Etwa eine Stunde später traf Koch aus A. bei Möller ein, um Zahlung zu fordern, und da dieser von allen Geld= und Zahlungsmitteln gänzlich entblößt war, so mußte er seine Ueberschuldung und Insolvenz bekennen. Es erfolgte daher noch an demselben Tage die Abtretung seines Vermögens an seine Gläubiger; doch fand sich bei der gerichtlichen Beschlagnahme seines Vermögens gar kein baares Geld vor. — Der Procurist Ernst hielt sich inzwischen noch den ganzen Tag in W. auf, ohne von dem Vorgefallenen den Gerichten Anzeige zu machen und erst am 1. März übersandte er den Gerichten 652 Thlr., die er über seine Forderung erhoben mit der Erklärung, daß solches zur Ausgleichung des Conto mit M. dienen solle.

Die Schulden M's übersteigen die vorhandene Masse um ungefähr 9000 Thlr. und es wird daher im J. 1847 von den Gläubigern desselben eine Klage gegen Schäfer's Erben auf Rückzahlung der 2937 Thlr. in den erhaltenen Scheinen und Louisd'ors an die Coucursmasse erhoben unter Anführung der erwähnten Thatsachen.

Die Beklagten entgegnen:

1) die Klage sei verjährt

l. 1 pr. D. quae in fraud. cred. (42. 8):
Ait Praetor: Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his — — *intra annum*, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.

2) Die Klage sei unstatthaft, weil ihr Erblasser für eine existirende Forderung befriedigt worden.

3) Wenn wirklich fraus ihres Erblassers vorläge, so sei doch in der Klage nicht angeführt, wie weit die Beklagten als Erben daraus bereichert worden. —

Was ist über diese Einreden und die Statthaftigkeit der Klage zu sagen? —

CCCLXXV. S. sicherte dem R. zu, daß er dessen Schuld an X. im Betrag von 300 Thlrn. ganz übernehmen und dieß mit dem Letzteren abmachen wolle. R. nahm dieses Versprechen an, wurde jedoch, weil S.

seinem Versprechen nicht nachkam, von X. belangt und in Folge dessen zur Zahlung verurtheit, welcher Auflage er auch nachkam. Nachdem nun S. später sein ganzes Vermögen der Frau v. C. geschenkt hatte, bald darauf aber gestorben war, klagte R. wider die Frau von C. auf Rescission der Schenkung und Verurtheilung derselben zur Zahlung der 300 Thlr., die S. für ihn habe abtragen wollen; er stützt sich dabei auf die Behauptung, die Schenkung des S. an die Frau v. C. sei widerrechtlich, da durch dieselbe die Gläubiger des S. hintergangen worden. —

CCCLXXVI. Marie S. klagte gegen Christiane Th. auf Herausgabe eines Mantels nnd einer goldnen Uhr mit Kette, indem sie anführte, diese Gegenstände habe die Beklagte von dem verabschiedeten Dragoner K. geschenkt bekommen, obwohl dieser sowohl, als die Beklagte gewußt habe, daß der Klägerin ein Anspruch gegen K. wegen zweier unehelicher Kinder zustehe. K. habe ihr auch ausdrücklich versprochen, er wolle ihr jene Gegenstände für den Unterhalt der Kinder geben. Sie habe auch deshalb gegen K. geklagt und Letzterer sei verurtheilt worden, allein es habe sich kein Executionsobject bei ihm vorgefunden, weil derselbe schon vor Anstellung der Klage den Mantel und die Uhr der Beklagten geschenkt habe.

Die Beklagte entgegnete, es liege hier kein Fall des Concurses vor und vorausgesetzt auch, daß K. schon zur Zeit der Veräußerung insolvent gewesen oder es dadurch geworden sei, so habe sie selbst schon damals drei uneheliche Kinder von K. und deshalb Ansprüche an ihn gehabt.

Der Anwalt der Klägerin beruft sich

1) darauf, daß die datio in solutum als Kauf zu betrachten und daher, weil die Beklagte von dem Anspruche der Klägerin gewußt habe, ungültig sei.

l. 15 D. quib. ex causis in poss. etc. (42, 4) Ulp.:

Is qui rem permutatam accepit, emtori similis est. Item is, qui rem *in solutum* accepit —— vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus.

2) Wollte man aber auch die *datio in solutum* der eigentlichen *solutio* gleichstellen, so würde doch hier ein Fall der s. g. Gratification vorliegen nach

l. 24 D. quae in fraudem cred. etc. (42, 8) Scaevola:

Pupillus patri heres exstitit et uni creditorum solvit; mox abstinuit hereditate paterna; bona patris veneunt: an id, quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam ceteri creditores? Distinguimus, per *gratificationem* acceperit, an non. Ut si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem quam ceteri creditores fuerint laturi. Sin vero juste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id, quod acceperit creditor, revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. Quid ergo, si cum in eo essent, ut bona debi-

toris mei venirent, solverit mihi pecuniam: an actione revocari ea possit a me? An distiguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito? Et si extorserim invito, revocetur. Si non extorserim, non revocetur. ***Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est; ideo quoque non revocatur id, quod percepi.***

Wie ist zu entscheiden? Hat die Klägerin noch zu beweisen, daß sie schon, bevor K. der Beklagten die fraglichen Gegenstände schenkte, ihn öfters gemahnt habe?

---

§. 385.

CCCLXXVII. Der Oeconom Schröter besitzt eigenthümlich eine zu seinem Hofe gehörige Wiese, welche in dem Dorfe H. dicht neben einer seinem Nachbar Müller gehörigen Wiese und zwar so gelegen ist, daß sie unterhalb der letztern befindlich ist. Kraft eines i. J. 1837 zwischen beiden geschlossenen Vertrags hatte Schröter das Recht, die erwähnte Wiese aus dem von den obern Häusern des Dorfs H. herab- und zusammenfließenden Dorfgraben mittels eines durch Müller's Wiese gehenden Wässerungsgrabens dergestalt zu bewässern, daß ihm das Wasser von Mittwochs Mittags 12 Uhr bis Sonntag früh 6 Uhr bleiben müsse. Als dessenungeachtet Müller im Frühjahr 1850 den Wässerungsgraben da, wo seine Wiese aufhört, mit Steinen und Erdreich zugesetzt hatte, klagte Schröter gegen ihn auf Wegnahme dieser Hindernisse, Untersagung fernerer Turbation und Ersatz des zugefügten Schadens, indem er seine Klage auf die angeführten Thatsachen stützte. —

Der Beklagte räumte den Grund der Klage durchgängig ein, schützte jedoch die exceptio spolii vor, zu deren Begründung er Folgendes anführte:

Er besitze eine zu seinem Gute gehörige Feldwiese; dieser gegenüber liege ein Stück Feld des Klägers, zwischen beiden führe ein Hohlweg durch und auf diesem, dicht an des Beklagten Wiese sei ein Graben gezogen, worin das sich in einer oberhalb gelegenen Waldung sammelnde Wasser herabfließe. Er und seine Vorbesitzer hätten nun zwar seit 40 Jahren ihre erwähnte Feldwiese mit dem in diesem Graben herabfließenden Wasser bewässert; seit dem Jahre 1849 jedoch habe Kläger dieses Wasser auf seine Wiese abgeleitet und ihm entzogen.

Diese exceptio spolii wurde jedoch in 1ster Instanz verworfen, weil aus den Anführungen des Beklagten nicht hervorgehe, ob das Wasser, auf welches das excipirte Spolium sich beziehen solle, ein immerfließendes oder nur zusammenströmendes Regenwasser gewesen; Beklagter wurde daher dem petitum gemäß verurtheilt.

Ist demselben zu rathen, daß er gegen dieses Urtheil ein Rechtsmittel einlege? —

CCCLXXVIII. Der Spiegelfabrikant M. hatte seinem Schwager Z. zwei kostbare Spiegel als Belohnung für eine Gefälligkeit versprochen;

später aber hatte er sich der Herausgabe aus allerhand Vorwänden geweigert. Eines Tages erhielt er von Z. einen Brief, worin dieser ihn ernstlich um Erfüllung seines Versprechens mahnte mit der hinzugefügten Drohung, er werde außerdem bekannt machen, daß M's Sohn, der Candidat M., der Vater eines unehelichen Kindes von der J. sei. M. gerieth darüber in großen Schrecken, weil sein Sohn eben Aussichten auf eine Pfarrerstelle hatte, welche er durch jedes, wenn auch falsche Gerücht, das seinen Ruf antasten könnte, zu verlieren fürchten mußte. Er schickte deshalb seinem Schwager augenblicklich die verlangten Spiegel. Z., welcher sich in sehr bedrängten Umständen befand, verkaufte die Spiegel für den halben Preis an einen Bekannten, den T. — Nach einiger Zeit, nachdem der junge M. inzwischen gestorben war, wird der Fabrikant M. von T. auf Lieferung zweier bereits bezahlter Spiegel verklagt; er schützt jedoch nun die exceptio compensationis und die exc. metus mit Bezug auf den beigelegten Brief des Z. vor.

T. bestreitet, daß hieraus für ihn eine Verpflichtung folge — ja nicht einmal für Z., weil dieser den Spiegel wirklich zu fordern gehabt. Uebrigens sei der eine Spiegel durch Schuld eines durchreisenden Fremden zerbrochen.

Ist eine der beiden Einreden des M. zulässig? Kommt Etwas auf den Beweis an, daß Z. wirklich den Spiegel zu fordern berechtigt gewesen? Wen träfe dabei die Beweislast? — Welchen Einfluß hätte der Untergang des Spiegels, wenn gegen Z. geklagt würde? —

§. 386.

CCCLXXIX. Auf der einen Seite des s. g. Hörselgrabens im Herzogthum G. besitzt der Schultheiß Erb in F. ein Wiesenstück, auf der andern Seite des Wassers liegt ein Grundstück des Landwirths Lieber zu T. Im September 1848 führt nun der Letztere von seinem Grundstücke aus in der Hörsel einen Steindamm auf von 9 Fuß Länge und $1^1/_2$ Fuß Höhe, um zu verhindern, daß der Wasserlauf, welcher immer mehr und mehr nach seinem Grundstücke hingedrängt werde, nicht weiter reiße. Da hierauf das Wasser nach dem Wiesenstücke des Schultheiß Erb gedrängt wird, so fürchtet dieser, daß es abgewaschen und überströmt werden könne. Er hatte es erst bemerkt, als der Damm bereits fertig war, da er selten in jene Gegend kam und der Damm unter dem Wasser errichtet war. Nachdem seine dem L. deshalb gemachten Vorstellungen ohne Erfolg geblieben waren, beauftragt er im October 1849 einen Advocaten mit Anstellung der zweckmäßigsten Klage.

Welche Klage hatte derselbe zu wählen?

Wird es von Wichtigkeit sein, zu behaupten, der s. g. Hörselgraben sei ein öffentlicher Fluß?

Wenn sich dieß nicht nachweisen läßt, hat dann Erb eine Klage? —

Injurie!

§. 387.

CCCLXXX. In dem Wochenblatte der Stadt X. erschien im Jahre 1848 ein Artikel mit der Ueberschrift: „Die Procuratoren bei den hiesigen Gerichten."

Darin hieß es u. A.:

„Als das französische Volk im J. 1789 seiner Fesseln sich entledigte, erschien es demselben als eine seiner wesentlichsten Aufgaben, dem Institute der Procuratoren, der Plage der arbeitenden Klassen, ein Ende zu machen. Wer diesen Schritt nicht billigeu wollte, müßte gänzlich unbekannt sein mit der Art, wie jene Menschen, welche der damalige Decretsvorschlag gewiß mit Recht als „Blutsauger des Volks" bezeichnete, nur den eigenen Vortheil verfolgend, den geraden Rechtsgang hemmten und dem vermittelnden väterlichen Geiste der untern Gerichte entgegenarbeiteten.

Sollte es jetzt nicht zeitgemäß sein, dem Treiben dieser Herren in X. ein Ende zu machen? So viel wird wenigstens Jedermann zugeben müssen, daß unsre Procuratoren ihre seligen französischen Collegen noch weit übertreffen, da seit 1789 auch die Gerichtskniffe mit dem Zeitgeiste vorgerückt sind."

Einer der Procuratoren in X. klagt nun — und zwar da der Artikel anonym erschienen war — gegen den Herausgeber des Wochenblatts mit der actio injuriarum aestimatoria.

Der Beklagte wendet ein,

1) der Artikel sei nicht von ihm verfaßt, also könne keinesfalls von einer seinerseits begangenen Injurie die Rede sein, da bei ihm kein animus injuriandi und keine entsprechende Handlung vorliege.

2) Der fragliche Artikel enthalte nur eine Kritik des Instituts der Procuratur — durchaus nichts Persönliches.

3) Wenn überhaupt die Absicht zu beleidigen zu Grunde gelegen, so seien doch die Personen, gegen welche es gehen solle, nicht bestimmt. Es sei mithin eine Injurie gegen einen ganzen Stand, wo bekanntlich der Einzelne nicht klagen könne. Es sei ganz derselbe Fall, wie er vor einiger Zeit erst vorgekommen. Es habe nämlich in einem andern Blatte folgender Artikel gestanden:

„Es ist fast gar nicht wahrscheinlich, daß für den 59. Wahlbezirk ein andrer Abgeordneter als R. in die zweite Kammer gewählt werde; er hat sich bereits als solcher bewährt u. s. w. Wer sich bewährt hat, ist allemal Demjenigen vorzuziehen, dessen Beruf ihn nicht selten gegen seine Ueberzeugung zu handeln nöthigt und demnach Gewissenlosigkeit gleichsam zur zweiten Natur geworden ist."

Ein Advocat, der deshalb geklagt habe, sei mit seiner Klage abgewiesen worden. Dasselbe müsse hier geschehen.

4) Wollte man auch hier eine Beleidigung einer juristischen Person annehmen, obgleich doch die Procuratoren in X. kein Collegium bildeten, so würde doch nur die juristische Person als solche, nicht ein Einzelner klagen können.

5) Eventuell schützt der Beklagte die exceptio veritatis vor.

In seiner Replikschrift hebt der Kläger besonders hervor, daß die Zahl der Procuratoren in X. nur 10 betrage. Es sei hier nur eine Collectivbezeichnung, wodurch jeder der 10 Procuratoren beleidigt sei, ganz wie in folgendem Falle, wo der Herausgeber einer Zeitung verurtheilt worden wegen eines Artikels, in welchem „das Verfahren der Minorität der Ständeversammlung als ein erbärmliches" bezeichnet worden war.

Entscheidung.

CCCLXXXI. In einem Artikel der Vossischen Zeitung vom Jahr 1844 war das Verfahren eines Preußischen Gerichtshofs als beruhend „auf einem groben Irrthum und gänzlichem Verkennen des Sinnes, welcher dem Gesetze vom Jahre 1837 zum Schutze des Eigenthums in Werken der Wissenschaft und Kunst zu Grunde liege" bezeichnet. In Folge davon wird der Verfasser jenes Artikels von dem betreffenden Gerichtscollegium mit der actio injuriarum belangt.

Ist dieselbe begründet?

CCCLXXXIa. Der Registrator N. in St. machte der dortigen Strafpolizeibehörde die Anzeige, daß in der mittleren Etage der Wohnung des Gastwirths Z., welcher ihm gegenüber wohne, Hurenwirthschaft getrieben werde. Zwar könne er dieses nicht geradezu beweisen, es lasse sich aber aus verschiedenen Indicien darauf schließen, denn:

1. In der Gastwirthschaft sprechen bei Tage und Nacht nur wenige Menschen ein, dagegen halte Z. gewöhnlich 4—6 junge Mädchen, angebliche Kellnerinnen, die den ganzen Tag über arbeitslos am Fenster sitzen, oder sich sonst beschäftigungslos umhertreiben.

2. Dieselben kleiden sich nach Art von Lustdirnen und das Aeußere ihrer Hände ergebe, daß sie sich nicht als Schenkmädchen oder auch sonst mit weiblichen Arbeiten beschäftigen.

3. Bei Tage wie bei Abend kommen Männer in das Haus des Z., liebkosen in dessen Beisein jene Personen und entfernen sich häufig mit einer derselben in ein besonderes Schlafzimmer.

4. Ueberhaupt stehe das Haus des Z. in üblem Rufe.

Die gedachte Behörde leitete eine Untersuchung gegen Z. ein, welche zwar alle sub 1—4 gedachten Umstände constatirte, doch aber kein zur Ueberführung genügendes Material ergab. Da diese Angelegenheit gleichwohl viel im Publicum besprochen war, erhob der Gastwirth Z. gegen den Registrator N. eine Injurienklage und bat, demselben eine öffentliche Ehrenerklärung und Abbitte zur Pflicht zu machen, auch ihn zur Erlegung einer Strafe von 100 Thlrn. und Ersatz der Proceßkosten zu verurtheilen.

Bekl. wandte kurz ein, es fehle im vorliegenden Falle der animus injuriandi, auch habe sich ja ergeben, daß das klägerische Haus in schlech-

tem Rufe stehe. Auf keinen Fall würde außer der Geldstrafe auch noch auf Abbitte und Ehrenerklärung zu sprechen sein.

Wie ist zu entscheiden?

---

§. 388.

CCCLXXXII. A. klagt am 3. October 1851 gegen B. mit dem Anführen, der Letztere habe von der Bürgschaftsurkunde, in welcher B. sich für eine am 3. Juli 1852 fällige Schuld des C. von 200 Thlrn. verbürgt habe, seine Unterschrift abgerissen. Er bitte, ihn gegen dieses Spolium zu restituiren. Sollte aber die Klage als Spolienklage nicht zugelassen werden, so wolle er eventuell die *actio legis Aquiliae* damit cumuliren.

Der Beklagte gesteht die vom Kläger behaupteten Thatsachen zu, bestreitet jedoch die Schlüssigkeit der Klage.

Entscheidung.

CCCLXXXIII. Der Tagelöhner Budde war eines Tages nebst Andern beim Dreschen in der Scheune des Pachters Schuhmacher (in dessen Dienste) beschäftigt. Als dabei unter dem Dache liegende Waizengebunde heruntergenommen werden sollten, fiel ein großes, zum Dache gehöriges, aber nicht ordnungsmäßig befestigtes Stück Holz herunter und verletzte den B. dergestalt am Kopfe, daß er an dieser Wunde mehrere Wochen liegen mußte. Derselbe will nun, nachdem er genesen, die Kur- und die Unterhaltskosten während dieser Zeit von S. ersetzt haben.

Mit welcher Klage müßte er gegen ihn auftreten? —

Kann ihn S. an den Eigenthümer der Scheune, M., verweisen? — S. glaubt dieß, weil M. als Eigenthümer für die Reparaturen zu sorgen habe.

Kommt etwas darauf an, ob S. kurz vorher (bei Einlegung des Waizens) eine Besichtigung hat vornehmen lassen, und hat S. dieß zu beweisen oder B., daß es nicht geschehen? —

CCCLXXXIV. Von der Möncheberger Gewerkschaft löste der Kaufmann Prüfer im October 1836 eine Kohlenanweisung und schickte darauf seinen Knecht, der schon mehrmals in den vorhergegangenen Jahren dazu gebraucht worden, mit seinem Geschirre aus, um aus dem Braunkohlenbergwerke der genannten Gewerkschaft die Kohlen anzufahren. Als derselbe jedoch, wie gewöhnlich, von der Landstraße nach rechts auf den nach dem Bergwerke führenden Weg abgebogen war und sich bereits etwa auf der Mitte dieses Wegs befand, wurden die Pferde scheu und der Knecht bemerkte nun, daß der Boden unter denselben rauche. Er sprang sogleich vom Wagen und schnitt die Zugriemen ab. Er konnte jedoch nur das eine Pferd von dem brennenden Wege abbringen; das andere aber gerieth immer tiefer in die aufgehäuft liegenden Kohlenabfälle, so daß es

der Knecht mehr herausziehen konnte. Er ritt daher mit dem andern Pferde alsbald nach Hause; der sogleich von P. abgesandte Kreisthierarzt fand das liegengebliebene Pferd so verletzt, daß es todtgestochen werden mußte.

Prüfer klagt daher gegen die Gewerkschaft auf Ersatz des Pferdes, für welches ihm, wie er behauptet, noch vor 10 Monaten 95 Thaler geboten worden.

Die Beklagte läugnet alle Schuld an dem Unfalle. Sie habe, führt sie an, das Kohlenwerk schon seit einiger Zeit auf die andere Seite der Landstraße verlegt; dieß sei auch den Einwohnern der am Wege gelegenen Dörfer wohl bekannt und von diesen hätte der Knecht des Klägers es leicht erfahren können. Ueberdieß habe sie an der Stelle, wo der Weg von der Landstraße abgehe, einen Wegweiser setzen lassen; derselbe sei freilich — obgleich mehrmahls erneuert, — immer wieder gestohlen worden, und es sei möglich, daß auch an jenem Tage kein Wegweiser dort gestanden habe — davon aber trage die beklagte Gewerkschaft keine Schuld, man könne ihr doch nicht zumuthen, fortwährend eine Wache dorthin zu stellen. Keinesfalls könne jedoch Kläger mehr als 45 Thaler Ersatz fordern, weil dieß nach Aussage Sachverständiger der Werth des Pferdes zu der Zeit gewesen, wo es beschädigt wurde.

CCCLXXXV. Der Gutsbesitzer Bernsdorf hatte seinem Neffen Deysing als Vermächtniß seine beiden Schimmel oder nach D's Belieben statt derselben 3 Actien der X'schen Eisenbahn hinterlassen, die damals im Cours zu 92 standen. D. war eine Zeitlang unentschieden, was er wählen solle; endlich erklärte er dem Sohne und alleinigen Erben W's, Adolph W., daß er die Pferde auf 8 Tage zur Probe nehmen wolle. Während dieser Zeit hielt eines Tages der Knecht Deysing's mit jenen Pferden am Wagen vor einem Chausseehause, um die Chaussee-Abgabe zu entrichten, als der junge W. im schärfsten Trabe an dem Chausseehause vorüberfuhr. Hierdurch und durch das damit verbundene Gerassel wurden die Pferde am D'schen Wagen scheu; bei dieser Gelegenheit stürzt einer der Schimmel und crepirt in Folge dieses Falles. Durch die dabei anwesenden Zeugen läßt sich beweisen, daß die Ursache zu dem Scheuwerden und Stürzen lediglich in dem schnellen Vorüberfahren W's zu suchen war. Zu bemerken ist dabei, daß nach § 3 des an jenem Chausseehause angeschlagenen Straftarifs „jedes Geschirr, selbst das von der Chaussee-Ab-gabe befreite" (wozu das W'sche Geschirr gehört) „an der Hebestelle anhalten muß."

Da inzwischen die Actien der X'schen Bahn um 22 Proc. gefallen sind, so verlangt Deysing von W. den Werth der beiden Schimmel, der von Sachverständigen auf 260 Thaler taxirt wird.

Kann er dieß?

CCCLXXXVI. Der Münzarbeiter Dreise wollte am 6. Januar 1847 Abends 8 Uhr, um an einem Tanzvergnügen Theil zu nehmen, in einen

Tanzsaal gehen, der 2 Zugänge hatte, den einen in der Hausflur durch die Schenkstube, den andern durch dieselbe Hausflur über den Hofraum und Garten. D. hatte den letztern gewählt, verirrte sich aber in der Finsterniß und fiel in eine auf dem Hofe befindliche, 3 Ellen tiefe und leere Aschengrube, die mit keiner Vermachung umgeben war. Er hatte bei diesem Falle nicht nur seine Kleider sich ganz zerrissen, sondern auch eine solche Körperverletzung davon getragen, daß er mehrere Tage nicht arbeiten konnte. Den dadurch erlittenen Schaden, theils wegen der Kleider, theils wegen der Kurkosten schlägt D. auf $7^1/_2$ Thlr an und klagt auf deren Ersatz gegen den Eigenthümer des Hauses, worin sich die Schenke befindet, den Oeconomen Ziemann. Dieser entgegnet auf die Klage:

1) die Grube sei nicht auf oder unmittelbar an einem öffentlichen Wege, sondern liege seitwärts in einiger Entfernung.

2) Der Unfall sei dadurch herbeigeführt, daß ein steinerner Aufsatz, der früher um die Grube gewesen, kürzlich weggenommen worden. Dieß sei aber nicht vom Beklagten, sondern vom Schenkpachter geschehen.

3) Der Kläger sei bereits durch die Aversionalsumme von 1 Thlr. vom Beklagten abgefunden.

Bezüglich des Letztangeführten (Nr. 3) bemerkt Kläger, er habe den Thaler nur als Schmerzengeld und mit dem Bemerken: er müsse sich seinen Anspruch noch überlegen — also höchstens auf Abschlag angenommen. —

CCCLXXXVIa. Adolph S. in L. ließ sich von der Fabrik von Carl K. & Comp. eine zum Betriebe seiner Branntweinbrennerei dienende Dampfmaschine anfertigen, bei deren Uebergabe ihm von den Lieferanten brieflich „anheimgegeben wurde, in den ersten 6 Wochen einen sachverständigen Wächter beim jedesmaligen Gebrauche anzustellen, damit durch etwaige Mängel sich ergebenden schadenden Erzeugnissen vorgebeugt werden könne." Er befolgte diese Anheimgabe auch in den ersten 5 Wochen pünktlich, verwendete aber am 36. Tage den Wächter Z. zu einem Botengange nach A., ohne eine andere Person zu substituiren. Als in der den Arbeitern zur Erholung und zum Essen freigelassenen Mittagsstunde der Fabrikarbeiter U. in dem Raume, in welchem die Maschine mit voller Kraft arbeitete, sein Essen verzehrte, explodirte der Dampfkessel, in Folge dessen der gedachte Arbeiter Verletzungen erlitt, die ihn auf 11 Wochen zu jeder Arbeit unfähig machten und deren Heilung einen Kostenaufwand von 75 Thlr. veranlaßte. Er klagte mit der actio ex L. Aquilia auf Ersatz dieser Summe und Erlegung von 22 Thlr. Arbeitslohn, den er hätte während der 11 Wochen verdienen können, und führt an, daß eine Verschuldung des Bekl. sowohl in der Aufstellung einer mangelhaften Maschine überhaupt, als besonders in der Vernachlässigung der ihm empfohlenen Vorsichtsmaßregel zu befinden sei. Würde eine Wache bestellt sein, so hätte diese von etwa sich zeigenden Fehlern der Maschine, Rissen, Sprüngen u. dergl. zeitig Kunde geben können.

Beklagter bestritt nicht die Höhe der geforderten Beträge, behauptete dagegen die Unstatthaftigkeit der Klage. Es liege kein directes Verschulden des Bekl. vor, er habe voraussetzen müssen, daß die Maschine dauerhaft construirt sei. Die Anheimgabe der Lieferanten könne ihm keine Verpflichtung auferlegen, sie sei im eigenen Interesse derer erfolgt, welche für den Schaden aufkommen müßten, wenn solcher aus mangelhafter Construction entstehe, an diese möge sich der Kläger halten. Ueberdem hätte eine Woche die Explosion aber auch nicht hindern können. Endlich habe sich Kläger es selbst beizumessen, wenn er verletzt sei, denn, wenn er auch in demselben Raume, wo die Maschine aufgestellt sei, seine Arbeiten zu verrichten, so sei dieser Ort doch nicht derjenige, wo er sein Mittagessen zu verzehren gehabt habe; er hätte sich in seine ganz nahe bei der Fabrik gelegene Wohnung begeben sollen.

Kläger wandte dagegen ein, daß ihm das Betreten des fragl. Raumes stets stillschweigend verstattet worden, wenn er Ursache gehabt, den Gang zu seiner allerdings nahen Wohnung zu scheuen, wie dieses wegen des an dem Unglückstage Statt gehabten starken Regens der Fall gewesen. Beklagter habe ihn kurz vor der Explosion daselbst mit dem Essen beschäftigt gesehen und nichts dazu gesagt. Beklagter hat diese vom Gegner zuletzt angegebenen Thatsachen zugestanden.

Entscheidung.

CCCLXXXVII. Dem Gutsbesitzer Hofmann war ein Hund, den er selbst aufgezogen, entlaufen, und er konnte ihn aller Nachforschungen ungeachtet nicht wieder bekommen. Er war darüber so erbittert, daß er öfters aussprach, er werde den Hund, wo er ihn auch treffe, augenblicklich erschießen. Eines Tages, als er auf der Jagd war, traf er den Hund im Walde und erbost, wie er war, schoß er ihn gleich auf dem Flecke nieder. Hierüber wurde er nach einiger Zeit von dem Gutsbesitzer Kramer, der den Hund damals bei sich führte, als H. ihn todtschoß, gerichtlich in Anspruch genommen auf Ersatz des Kaufgeldes, des Futtergeldes und der Kosten für Abrichtung des Hundes. Der Kläger führte an, er habe den Hund erst vor Kurzem für 15 Thlr. von seinem Nachbar, dem Gutsbesitzer Karl, gekauft und es werde wohl Niemand annehmen, daß K. ihm einen fremden Hund verkauft habe. Hofmann entgegnet in seiner Vernehmlassung, Kläger müsse vor Allem sein Eigenthum darthun, was ihm aber nicht möglich sei, da der Hund sein, des Beklagten, Eigenthum und erst vor 21 Monaten ihm entlaufen sei; als Eigenthümer aber sei er berechtigt gewesen, den Hund niederzuschießen.

Ist die Klage statthaft? Was ist zu beweisen und wie ist zu entscheiden?

l. 17. pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2) Ulp.:
Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.

---

§. 390.

CCCLXXXVIII. Der Kaufmann Otto hatte i. J. 1851 gegen den Fuhrmann Kornhaas eine Forderung von 55 Thalern ausgeklagt und es war vom Justizamte T. am 24. Dec. der Exekutionstermin auf den 12. Februar 1852 anberaumt worden. Inzwischen wurde am 27 Januar ein schon im December 1831 eingereichter Kaufcontract, wonach K. sein Wohnhaus und seine Länderei an seine Ehefrau für 705 Thlr. verkaufte, von demselben Amt T. confirmirt. Von dem Kaufpreis sollte nach dem Contracte der größte Theil an Gläubiger des K. bezahlt werden, der Rest von 95 Thlrn. an K. selbst.

Als darauf am 12. Februar die Execution vollstreckt werden sollte, fand sich bei K. kein Executionsobject vor; auch die Forderung von 95 Thlrn. rückständigen Kaufgeldes an K's Ehefrau wurde von dieser unter Vorzeigung einer von K. ausgestellten Quittung für bereits getilgt erklärt.

Otto tritt nun, da die Exekution erfolglos geblieben, mit der Syndikatsklage gegen den Oberbeamten des Justizamts T. auf mit dem Anführen, daß ihm die Befriedigung seiner Forderung an K. lediglich durch die Confirmation des erwähnten Kaufcontracts entzogen worden; daß aber das Justizamt T. schon zur Zeit der Confirmation von seiner Forderung gewußt und auf deren Sicherung hätte bedacht sein müssen. —

§. 392.

CCCLXXXIX. Der Handlungsreisende P. hielt vor dem Gasthofe zum „grünen Baum" bei X., um dort zu Nacht zu speisen und zeigte beim Aussteigen sowohl dem Wirthe als dem Hausknechte ein Kistchen von 200 Thlrn. an Werth mit dem Bemerken, er wolle es im Wagen stehen lassen, man möge aber Acht darauf haben. Da der Hof des Gasthauses schon mit Wagen besetzt war, so blieb P's Geschirr vor dem Gasthofe stehen. Als P. wieder einstieg, zur Weiterfahrt, vermißte er das Kistchen und es ergab sich aus der Aussage einiger Anwesenden, daß ein Kellner dasselbe herausgenommen und einem hausirenden Juden, der sich bereits wieder entfernt hatte, überliefert habe. P. verlangt daher von dem Gastwirthe Ersatz — sein Anwalt glaubt sogar das Doppelte verlangen zu dürfen. Der Gastwirth dagegen hält sich aus dem Grunde für gesichert, weil 1) der Wagen nur *vor* seinem Hause gestanden; 2) weil die Beaufsichtigung der Wagen Sache des Hausknechts sei, der dafür von den Reisenden ein Trinkgeld zu empfangen pflege, mithin in dieser Beziehung im *Dienste der Reisenden* stehe.

Kann P. eine Klage gegen den Gastwirth mit Erfolg anstellen und worauf müßte er sie gründen?

Vgl. l. 3. pr. D. naut. caup. etc. (4. 9) Ulp.:

Etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in *litore* perierint, quas semel *recepit*, periculum ad eum pertinere.

Abl und Befürzeugung der Sorge

§. 393.

CCCXC. Der Gutsbesitzer Bastmann erhob im December 1845 gegen den Schenkwirth Schlund zu Döllstädt eine Klage folgenden Inhalts:

„Der Ochse, den der Schenkwirth S. für die Kuhheerde seines Dorfs halte, habe am 4. October l. J. in D. (dem Wohnorte Schlund's) das eine der beiden Chaisenpferde des Klägers, von englischer Abkunft, angefallen und mit den Hörnern dergestallt durchbohrt und verletzt, daß es etwa eine halbe Stunde darauf gestorben sei. Nach Maaßgabe einer Tags darauf erfolgten amtlichen Besichtigung und Würderung habe das Pferd an sich den Mittelpreis von 70 Thlrn., allein in Bezug darauf, daß es zum Zweigespanne des Klägers gehöre, welches durch seinen Tod aufgelöst worden, belaufe sich sein Schaden, resp. der Werth des Pferdes, bis auf 100 Thaler. Diesen Schaden von 100 Thalern habe ihm der Beklagte um so gewisser zu ersetzen, da er nicht nur Besitzer jenes Ochsen sei, sondern überdies jenen Vorfall indirect verschuldet habe. Derselbe Ochse habe nämlich schon früher seine wilde Natur und seine Gefährlichkeit dadurch an den Tag gelegt, daß er das Pferd des F. zu D. angefallen und verletzt, daß er auf die Pferde des Kaufmanns P. losgegangen sei, so daß Letzterer mit seinen Pferden durch die Flucht sich habe retten müssen, ferner, daß er auf einen jungen Menschen vor der Thüre des Schenklokals zu Döllstädt losgegangen sei und sich so wild gezeigt habe, daß er vom Hirten nicht zu bändigen gewesen. Das Alles habe der Beklagte wohl gewußt; ja im Junius desselben Jahres sei ihm durch den Ortsvorstand zu D. eine polizeiliche Verordnung des Justizamts zu T. über Abschaffung jenes Ochsen wegen seiner Gefährlichkeit bekannt gemacht worden. Dessenungeachtet aber habe Schlund den Ochsen bis zum 4. October l. J. auf die Weide treiben lassen und dadurch den Schaden verschuldet, dessentwegen jetzt geklagt werde."

Der Beklagte bestritt die Statthaftigkeit der Klage und setzte ihr folgende Einreden entgegen.

1) die Einrede der Dunkelheit; denn aus der Klagschrift gehe nicht hervor, ob die actio noxalis de pauperie oder die actio legis Aquiliae angestellt sein solle.

2) Als actio de pauperie könne die Klage nicht bestehen, weil auf eine Verschuldung des Beklagten Bezug genommen, dadurch aber jene actio ausgeschlossen werde; weil ferner nicht, wie die Natur der Noxalklagen es fordere, die Klagbitte alternativ auf Schadenersatz oder Abtretung des Thieres, das den Schaden gestiftet, gerichtet sei, und weil endlich aus dem vom Kläger Angeführten nicht hervorgehe, daß der Ochse contra naturam sui generis geschadet habe.

3) Aber auch als actio legis Aquiliae sei die Klage nicht haltbar, weil in ihr keine directe Verschuldung des Beklagten behauptet werde. Zwischen dem Vorfalle der Beschädigung und der in der Klage behaupteten Handlungsweise des Beklagten bestehe nicht der geringste Causalnexus. Würde der Kläger sicherer gewesen sein und würde es überhaupt Etwas

geändert haben, wenn der fragliche Vorfall der erste dieser Art gewesen wäre?

4) Sowohl die actio de pauperie, als die actio legis. Aquiliae könne nur gegen den Eigenthümer des schadenstiftenden Thieres gerichtet werden, während in der vorliegenden Klage der Beklagte bloß als Besitzer des fraglichen Ochsens bezeichnet sei.

5) Der Ochse gehöre nicht dem Beklagten allein, sondern ihm und seiner Ehefrau gemeinschaftlich, mithin hätte die Klage gegen den Beklagten zur Hälfte gerichtet werden müssen.

Bei Beurtheilung des zu ersetzenden Schaden's könne keinenfalls der vom Kläger mit 100 Thlrn. geforderte relative Werth — als bloßes pretium affectionis — in Betracht kommen. —

Eventuell erbot sich der Beklagte zur noxae datio.

CCCXCa. Der Kaufmann O. in der Stadt J. stellte gegen den Rentier L. daselbst folgende Klage an:

„Beklagter ritt am 22. d. M. auf öffentlicher Straße vor meinem Hause vorbei, welchem gegenüber der Bäcker G. eine Fuder Holz abladen ließ. Das Pferd wurde durch das Herunterfallen einer Quantität Holz vom Wagen des Bäckers scheu, schlug mit den Hinterbeinen aus und schleuderte eins seiner Hufeisen in das vor meinem Laden befindliche Spiegelfenster, welches in Stücke zerschellte. Da dasselbe einen Werth von 12 Thlrn. hatte, wird Bekl. zum Ersatz des mir durch seine oder seines Pferdes Schuld erwachsenen Schadens gehalten sein, und bitte ich, denselben zur Zahlung der fraglichen Summe, die er in Güte nicht erlegen will, sowie zum Ersatz der Prozeßkosten zu verurtheilen."

Bekl. läugnet nicht die vorgetragenen facta, hält aber die Klage für unbegründet. Was geschehen, sei nicht durch Schuld des Bekl., sondern allenfalls durch die des Bäckers G. veranlaßt, am ehesten auf Rechnung des Zufalls zu setzen. Aus der actio L. Aquiliae sei keine Klage begründet, weil Beklagten keine Schuld treffe, auch nichts zur Begründung einer solchen gesagt sei und überhaupt nichts habe gesagt werden können. Von einer etwaigen actio de pauperie könne, weil das Hintenausschlagen nicht contra naturam des Thiers, keine Rede sein.

Kläger entgegnete: eine Schuld des Bekl. liege darin, daß er nicht für genügende Befestigung des Hufeisens gesorgt und ein Pferd auf offener Straße geritten habe, welches scheu gewesen. Dergleichen Dinge, wie das Herabfallen des Holzes von einem Wagen, ereignen sich täglich, Pferde, die sich in der Nähe befinden, pflegen aber regelmäßig dadurch nicht scheu zu werden. Es sei also dieses contra naturam des Thiers geschehen, und die Ursache des Hintenausschlagens geworden.

Entscheidung.

CCCXCb. Zwei Hunde des Metzgers X. spielten auf der die Stadt T. durchschneidenden öffentlichen Straße, wobei der eine von ihnen das bis auf 1 Fuß vom Erdboden hinabreichende Schaufenster des Buchhändlers

D. zertrümmerte. Letzterer klagte auf 10 Thlr. Schadensersatz. Beklagter wollte sich hierzu nicht verstehen, weil die Hunde nichts, was contra naturam generis derselben, gethan, und es Sache des Klägers gewesen wäre, Vorkehrungen (z. B. durch vorgelegte Gitter oder Stangen) zu treffen, durch welche das Fenster genügenden Schutz erhalten hätte. Außerdem hätte wenigstens in der Klage derjenige Hund bestimmt bezeichnet sein müssen, der den Schaden angerichtet habe.

Kläger stellt seine Verbindlichkeit zu sichernden Vorkehrungen in Abrede, daß der Schaden sich durch ganz besondere Vorsichtsmaßregeln habe abwenden lassen, sei rechtlich irrelevant. Vorkehrungen, an die Niemand denke, weil sie etwas Außergewöhnliches zu verhindern haben würden, treffe selbst ein diligens paterfam. nicht. Was er auf seinem Grund und Boden baue, dürfe ihm nicht ruinirt werden, weder von Menschen noch Vieh. Bekl. habe auf seine Hunde Acht zu geben und zu verhindern, daß sie Schaden anrichten. Da die Hunde beide ihm gehören, könne es einerlei sein, ob der eine oder andere solchen verursacht habe.

CCCXCc. Canzlist F. besuchte häufig die Bierwirthschaft des Heinrich N. vor dem Thore der Stadt B., an welche ein mit Tischen und Bänken versehener, dem Publicum zur Erholung und als Trinklocal dienender Hofraum stößt, und pflegte gleich manchen andern Gästen seinen Hund mitzubringen, ohne daß hiergegen von dem Wirthe jemals Einwendungen gemacht worden sind. Als er sich am 29. Mai 1867 an einen der Tische gesetzt und Bier bestellt hatte, ließ sich in einer Entfernung von etwa 50 Schritten eine dem Wirthe gehörige Katze auf dem Hofe sehen, worauf der Hund des Canzlisten sofort auf dieselbe zustürtzte, bei dieser Gelegenheit einen mit leeren Flaschen besetzten Tisch, über den er seine Richtung nahm, umwarf und sämmtliche Flaschen, die einen Ge-Gesammtwerth von 3 Thlrn. 27 Sgr. hatten, zertrümmerte. In Folge dessen ward Canzlist F. vom Wirthe auf Schadensersatz belangt, indem Kläger anführte, daß seine Klage entweder als actio de pauperie oder deswegen sich rechtfertige, weil Beklagter „einen derartigen Hund überhaupt nicht hätte mitbringen, wenigstens dafür, daß er keinen Schaden anrichten können, durch geeignete Vorkehrungen, z. B. Anbinden an einen Strick hätte sorgen müssen."

Bekl. wandte ein: wer ein öffentliches Local, wie das klägerische, halte, in welches Hunde mitgebracht zu werden und frei umher zu laufen pflegen, habe dafür Sorge zu tragen, daß seine Sachen, insonderheit zerbrechliche nicht so hingestellt, gesetzt, oder gelegt werden, daß sie von dem Thiere „durch Dinge, welche diese gewöhnlich zu thun pflegen", nicht beschädigt werden können. Außerdem sei nichts geschehen, von dem man sagen könne, es sei contra naturam des Hundes. Daß alle Thiere dieser Art „Katzen feindlich und zu deren Verfolgung jederzeit geneigt seien," wisse jeder Vernünftige, Kläger hätte seine Katze in der Weise halten, einsperren und überhaupt überwachen müssen, daß sie nicht in den Hof, in welchem, wie ihm bekannt, täglich Hunde sich aufhalten, habe kommen

können. Da er solches unterlassen, habe er wenigstens indirect den Hund des Bekl. gereizt, auf jeden Fall habe er es verschuldet, daß sich das schadende factum zugetragen.

Wie ist zu entscheiden?

§. 394.

S. oben Nr. 355. und Nr. 358.

CCCXCI. Rink und Christ besitzen an einem Abhange zwei an einander stoßende Weinberg=Grundstücke, welche durch eine Mauer getrennt sind. Diese Mauer war durch die Länge der Zeit zum Theil ganz verfallen, zum Theil dem Einsturze nahe, so daß in Folge davon Steine und Erdreich von dem höher gelegenen Rink'schen Weinberg auf das Grundstück Christ's herabfielen.

Der Letztere klagt daher gegen Rink auf Wiederherstellung der Mauer in ihren früheren Zustand, indem es sich darauf beruft, daß Rink's Vorbesitzer in früherer Zeit jene Mauer immer im Stand erhalten, und erwirkt auch eine richterliche Verfügung, wodurch Rink angewiesen wird, dem Verlangen des Klägers Folge zu leisten.

Rink kommt jedoch dieser Weisung nicht nach, die Mauer verfällt noch mehr und Christ hat dadurch bis jetzt schon bedeutenden Schaden erlitten. Wie kommt er zum Ersatze desselben und zum Schutze gegen künftigen Schaden?

Kommt Etwas darauf an, ob die Mauer gemeinschaftlich oder Eigenthum Rink's ist? Wen trifft dabei die Beweislast? Muß bewiesen werden, daß Rink das Eigenthum daran habe, oder genügt der Beweis, daß er juristischer Besitzer — oder daß er bonae fidei possessor der Mauer sei?

Muß seinerseits Christ von seinem Grundstücke beweisen, daß es in seinem Eigenthum stehe, oder nur in irgend einem andern dinglichen Verhältnisse?

Vgl. l. 11 D. de damn. inf. (39, 2) Ulp.:

Quid de creditore dicemus, qui pignus accepit, utrum repromittere, quia suum jus tuetur, an satisdare, quia dominus non est, debebit? Quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pignoratitio damni infecti caveri debeat? Et ait — — — nec in hujus persona committi stipulationem. Aequissimum tamen puto, huic prospiciendum (id est creditori) per stipulationem.

l. 13 D. eod. Ulp.:

Qui bona fide a non domino emit, videndum est, numquid repromittat, non etiam satisdet? Quod quibusdam videtur; habet autem rationem, ut magis repromittat, quam satisdet, suo enim nomine id facit. §. 9. Sed ei, qui bona fide an non domino emit, damni infecti stipulationem non competere, Marcellus ait.

l. 18 pr. D. eod. Paulus:

Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, *cujus in bonis res est:* sed etiam *cujus periculo res est.*

Aquae pluviae arcendae act.

§. 395.

CCCXCII. Die Gemeinde S. besitzt einen aus dem Muldenstrome geleiteten Floßgraben, der schon i. J. 1556 zur Flößung des Holzes, zum Betriebe der Mühlen und sonstigen Gebrauche der genannten Gemeinde angelegt worden. Schon damals war zwar von den Besitzern der abwärts von jenem Graben gelegenen Felder (die zur A'schen Flur gehören) Widerspruch gegen dessen Anlegung erhoben worden, doch war er geblieben; nur hatte die Gemeinde S. jenen Feldbesitzern mehrmals den Schaden, der durch Austreten des Wassers aus dem Graben verursacht worden, vergütet.

Im Jahre 1836 klagt Bock in A., der Besitzer eines unterhalb jenes Grabens an denselben stoßenden Feldes, gegen die Gemeinde S. unter Bezugnahme auf das Eingangs Erwähnte und mit dem Anführen, daß am 5. Januar 1836 der erwähnte Floßgraben in Folge des Thauwetters ausgetreten und dadurch das Feld, welches mit Winterkorn besäet gewesen, überschwemmt, vom Walde bis an die nächsten Häuser von A. zerrissen, das gute Erdreich mit der Saat fortgeschwemmt und ihm, Klägern, ein auf mindestens 70 Thaler sich belaufender Schaden verursacht worden sei, indem er nicht nur schwerlich gutes Land wieder bekommen könne, sondern auch die durch die Wasserfluth in seinem Lande gebildete Rachel wieder auszufüllen mit vielen Kosten verbunden und die Saat mit den Früchten auf das heurige Jahr verloren sei. Diesen Schaden zu ersetzen oder das Feld wieder in den vorigen Stand zu setzen und den Verlust der Saat und Feldfrüchte zu vergüten, sei die beklagte Gemeinde deshalb schuldig, weil sie den Floßgraben weder gereinigt, noch mit einem Damme versehen habe, somit also einer ihr obliegenden Verpflichtung nicht nachgekommen sei.

l. 2. §. 1. D. de aqua etc. (39, 3) Paulus:

Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam extare, quando facta est; hanc inferior vicinus non purgabat; sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse *purgaret*, aut te pateretur in pristinum statum eum redigere. §. 4. Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum *purgare*, sive extet fossae memoria, sive non extet, quod et ipse puto probandum.

Beklagte läugnet jede Verbindlichkeit zur Reinigung und Eindämmung des Grabens; Kläger müsse, als Besitzer eines tiefer liegenden Grundstücks, sich die Ueberschwemmung desselben gefallen lassen. Aus den angeführten Stellen folge höchstens eine Verpflichtung zur Reinigung des Grabens; die Klage aber sei auf die von der Beklagten unterlassene Eindämmung und Reinigung gestützt. Auch beruft er sich auf

l. 19 D. eod. Pomponius:

Labeo ait: si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat; non teneri me actione aquae pluviae arcendae.

CCCXCIII. Der Bauerngutsbesitzer Horn erhebt gegen seinen Nachbar Grün eine Klage, in welcher er anführt, Beklagter sei Eigenthümer eines an das Grundstück des Klägers stoßenden, abhängig gelegenen Feldes. Auf diesem Felde seien seit unvordenklicher Zeit die Acker- und Wasserfurchen stets von Mitternacht nach Mittag angelegt gewesen und gehalten worden, so daß in Folge davon das Regenwasser bisher auf das Grundstück des L. abgeflossen. In neuester Zeit habe jedoch der Beklagte die Lage sowohl seiner Acker- als Wasserfurchen dergestalt verändert, daß solche vielmehr von Abend nach Morgen zugingen und hierdurch das Wasser auf Klägers nach Morgen zu gelegenes Grundstück gebracht werde. In Folge davon werde dieses beschädigt, die Aussaat zerstört, das tragbare Land hinweggeführt und weiter unten eine Wiese des Klägers verschlemmt. Er bitte daher, den Beklagten anzuhalten, die Acker- und Wasserfurchen wiederum in den vorigen Stand zu setzen.

Diese Klage wird in 1. Instanz angebrachtermaßen abgewiesen mit Bezug auf

l. 1 §. 5 D. h. t. (39 3) Ulp.:

Sed et si quis arare et serere possit etiam sine sulcis aquariis, teneri cum, si quid ex his fecit, licet agri colendi causa videatur fecisse; quod si aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, non teneri. Ofilius autem ait, sulcos agri colendi causa directos ita, ut in unam pergant partem, jus esse facere. §. 7. Labeo etiam scribit, ea quaecunque frugum fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam, neque referre, quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat. §. 9. Item Sabinus, Cassius, opus manufactum in hanc actionem venire, ajunt; nisi *si quid agri colendi causa* fiat (cf. §. 3: de eo opere, quod *agri colendi* causa *aratro* factum sit, Quintus Mucius ait, non competere hanc actionem. Trebatius autem, non quod *agri*, sed quod frumenti duntaxat quaerendi causa aratro factum (sit), solum excepit). §. 15: In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat non naturaliter sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit.

l. 24 pr. eod. Alfenus:

Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos itemque porcas aqua ad inferiorem veniret. Quaesitum est, an per arbitrum aquae pluviae arcendae possit cogi, ut in alteram partem araret, ne sulci in ejus agrum spectarent? Respondit, non posse eum facere, quominus agrum vicinus, quemadmodum vellet, araret.

In 2. Instanz wird auf Beweis des Klaggrunds erkannt mit Rücksicht auf:

l. 1 §. 4. 9. 22 eod. Ulp.:

§. 4: — sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat. §. 9. *Sulcos* tamen *aquarios*, qui ἔλικες appellantur, si quis faciat, aquae pluviae eum teneri (ait). §. 22. Plane si propter id opus sublatum vehementior (aqua) profluat vel corrivetur, aquae pluviae arcendae actione agi posse, etiam Labeo confitetur.

l. 24 §. 1 eod. Alfenus:

Sed si quis sulcos transversos aquarios faceret, per quos in ejus agrum aquae deflueret, hosce ut operiret, (per) arbitrum aquae pluviae arcendae posse cogere.

l. 26 eod. Scaevola:

Scaevola respondit, solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem *vetustas* docet, tametsi jus non probaretur.

Kann sich der Beklagte durch dieses zweite Erkenntniß mit Recht für beschwert erachten? —

CCCXCIV. Im September 1851 hatte Weiß, der Pachter eines dem X. gehörigen Gutes, auf einem der gepachteten Grundstücke eine Wasserfurche angelegt, damit durch dieselbe das Regenwasser einen Abfluß habe. Dadurch wurde jedoch dasselbe seinem Nachbar Braun zugedrängt. B. verkauft ein halbes Jahr darauf sein Grundstück an Hausmann und dieser, der außerdem nach der Beschaffenheit seines Grundstücks das Regenwasser nicht erhalten würde, will den früheren Zustand wieder hergestellt haben. Hat er oder hat Braun eine Klage deshalb gegen Weiß? Welche Klage?

Kann er gegen X. klagen? Worauf? Ist es von Einfluß, ob X. von der Furche Etwas wußte? Muß B. in der Klage anführen, daß der Beklagte Besitzer sei?

Kann X. als Ausflucht geltend machen, daß er das Grundstück bereits an Z. verkauft habe?

Muß in der Klage das Eigenthum an dem benachtheiligten Grundstücke behauptet werden?

Operis novi nuntiatio

§. 396.

CCCXCV. Auf dem s. g. Brühler Wall in Gotha liegen die beiden Wohnhäuser des Schuhmachers Eckard und des Schneiders Heß, an welche ein Gartenfleckchen anstößt, auf dessen andrer Seite das Haus des Schlossermeisters Gräser liegt. Früher lief ein Fuß- und Fahrweg zwischen dem letzteren Hause und dem Gärtchen hin, später jedoch wurde dieser Weg unmittelbar an die ersterwähnten beiden Häuser verlegt, so daß das Gärtchen nicht mehr an diese, sondern an Gräser's Haus unmittelbar angrenzt. Ueber das erwähnte Gartenfleckchen besteht ein Streit zwischen Eckard und Gräser. Der Letztere hat dasselbe mit seinem Wohnhause als dazu gehörig gekauft, auch in den Letzten 2 Jahren bepflanzt und als sein Eigenthum benutzt. Dagegen hat Eckard für sich, daß er mit seiner Frau gemeinsam dasselbe Stück von der Herzogl. Kammer gekauft und als Eigenthum zugeschrieben erhalten hat, und es läßt sich nachweisen, daß jenes Gartenfleckchen früher einen Theil des Grabens gebildet und so wie der ganze Wallgraben der Herzogl. Kammer gehört hat. Ehe es aber hierüber zu einem Processe kam, ließ Gräser sein Haus

erweitern und in das fragliche Gärtchen hineinbauen, um dorthin seine Werkstatt zu verlegen, und will dort auch eine neue Feueresse errichten. Der Bau ist erst angefangen. Was ist für Eckard am Rathsamsten unter diesen Umständen zu thun? Ist es für ihn zweckmäßig, das interdictum qnod vi aut clam anzustellen? — Auch Heß will gegen den Neubau protestiren, wegen der Nähe der Feueresse und weil ihm Licht und Aussicht verbaut werde; steht auch ihm ein Rechtsmittel deshalb zu?

CCCXCVa. A. ist Eigenthümer eines vor der Stadt X. gelegenen Gartens und darin befindlichen Landhauses; an ersteren grenzt östlich der Garten des B. und an diesen wieder der des C. Früher haben alle 3 Grundstücke ein Ganzes gebildet, der Großvater und Erblasser des A. hat aber im Jahre 1821 als damaliger Eigenthümer die beiden zuletzt gedachten Gärten an B. und den Vater und Erblasser des C. verkauft, tradirt und bezahlt erhalten. Dabei ist schriftlich ausgemacht worden, daß die „Käufer resp. ihre Successoren im Eigenthum keinerlei Gebäude, welche nach Osten zu die freie Aussicht vom Landhause des Verkäufers hindern, errichten dürfen". Als nun C. im Jahre 1867 die Grundmauer zu einem 40 Fuß breiten und 60 Fuß langen Wohnhause in seinem Garten legte, trat A. gegen ihn beim Gerichte mit einem Antrage auf Sistirung des Baues hervor, indem er angab, daß er ein desfallsiges Verbietungsrecht habe, ohne aber dieses seiner Entstehung und seinem Rechtsgrunde nach weiter zu beschreiben, oder es zu beweisen oder zu bescheinigen. Das Gericht communicirte dem C. den ausdrücklich als „novi operis nunciatio" bezeichneten Antrag des A. mit dem Verbote der Fortsetzung des Baues und Androhung einer Strafe von 20 Thlrn. für den Fall des Zuwiderhandelns, worauf C. in einer eingereichten Gegenschrift folgendes vortrug:

Eine novi operis nunciatio könne nicht vor Gericht, sondern müsse vom Nuncianten privatim in Person und an Ort und Stelle unter Beobachtung gewisser gesetzlich bestimmter Förmlichkeiten vorgenommen, und erst wenn dieses fruchtlos geblieben, dürfe der Richter angegangen und von ihm ein inhibitorium erlassen werden. Ueberhaupt finde die nunciatio nur Statt, wenn ein Nachbar auf seinem Grund und Boden ein für den andern Nachbarn Gefahr drohendes Werk errichte, im vorliegenden Falle habe indeß nicht ein Nachbar des Nuncianten gebauet, indem vielmehr noch das Grundstück des B. zwischen denen des Nuncianten und Nunciaten in der Mitte liege. Jedenfalls hätte der Nunciant seine Behauptung des Verbietungsrechts näher begründen und wenigstens wahrscheinlich machen müssen, Nunciat erkenne ein solches nicht an, wenn er auch zugeben wolle, daß, falls es wirklich existirte, mit einer actio wegen servitus prospectus und ne prospectui officiatur hätte geklagt werden können. Aus allen diesen Gründen sei die Wiederaufhebung des erlassenen Verbotes, um welche Nunciat das Gericht bitte, durchaus gerechtfertigt.

Anstatt diesem Gesuche zu willfahren, forderte der Richter den Nuncian-

ten noch zu einer Schlußerklärung auf, in welcher der letztere sich jetzt zwar auf die bei Gelegenheit des im Jahre 1821 erfolgten Verkaufs zugefügte Vereinbarung berief, jedoch weder die Vertragsurkunde noch irgend ein Beweis= oder Bescheinigungsmittel beibrachte. Er leugnete die Unzulässigkeit einer gerichtlichen Nunciation, „weil es ja auch statthaft gewesen sein würde, die Protestation gegen den Bau an Ort und Stelle im Beisein einer Gerichstperson abzugeben", und behauptete ferner, daß eine unmittelbare Nachbarschaft durchaus kein Erforderniß der zulässigen novi operis nunciatio sei, es übrigens ganz ihm überlassen bleiben müsse, zwischen der nunciatio oder irgend welcher Klage zu wählen. Wünsche der Gegner die Frage, ob er auf seinem Grundstücke in der begonnenen Weise bauen dürfe, zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, so möge er seinerseits die Rolle des Klägers übernehmen und die negatoria anstellen. Von einer Wiederaufhebung der richterlichen Verfügung könne um so weniger die Rede sein, als Nunciant anstatt seines Antrags auf Einstellung des begonnenen Baues einen noch weiter gehenden, nämlich auf Wiederherstellung des früheren Zustandes hätte erheben können. Denn da der Bauende gegen einen offenbar ihm bevorstehenden, mit Sicherheit zu erwartenden Protest sein Werk begonnen habe, so würde sein Gegner in der Lage gewesen sein, mit dem interdictum quod vi aut clam aufzutreten (Puchta Pand. §. 386). Jedenfalls könne gegenwärtig nichts darauf ankommen, daß kein ausdrücklicher Protest vor der Anrufung des Gerichts erfolgt sei, in der letzteren liege ein gegen den Bauenden abseiten seines Gegners ausgesprochenes deutliches Verbot, und in der Nichtachtung desselben sei nach römischen Grundsätzen eine vis zu befinden. Der Antrag auf ein inhibitorium müsse um so mehr nöthigenfalls als interdictum quod vi aut clam aufrecht erhalten werden, als er ja nur auf das minus (Einhalten) und nicht auf das mit dem Interdicte zu erreichende majus (Wiederherstellung des vorigen Zustandes) gehe.

Wie ist jetzt zu entscheiden?

§. 397 — 399.

S. oben No. 110.

CCCXCVI. Der Landwirth Schulze erhob gegen den Gutsbesitzer Werner Klage unter dem Anführen, daß von einem diesem (dem Beklagten) zugehörigen Holzstücke an dessen südlicher Grenze entlang die Aeste des dort befindlicheu Birken= und Weidenholzes auf sein, des Klägers, daneben gelegenes Feld ungefähr 3 Ellen weit herüberhingen, wodurch er an dem beabsichtigten vollständigen Umsturze dieses Felds behindert sei; da nun Beklagter diesen Ueberhang weder selbst beseitigen (wozu Kläger er ihn aufgefordert), noch dem Kläger dessen Wegschneidung gestatten wolle, so bitte Kläger um Localbesichtigung und im weitern Verfolg um die nöthigen Anordnungen, betreffend die Beseitigung des fraglichen Ueberhangs.

Bei darauf erfolgter Beaugenscheinigung ergab sich, daß die auf des Beklagten Holzstück befindlichen Holzsträucher und die Aeste einer darauf

auf der Gränze stehenden Birke allerdings durchgängig und zwar nach Verschiedenheit der Stellen 1—4 Ellen in einem Tracte von 43 Schritten auf das daneben gelegene Feldstück des Klägers herüberhingen. Das Gericht machte hierauf dem Letztern bemerklich, daß ihm freistehe, den Ueberhang abzuhauen und als sein Eigenthum an sich zu nehmen. Kläger will sich jedoch hierzu nicht verstehen, sondern erklärt, daß er „auf die überhängenden Aeste keinen Anspruch mache". Er verlangt daher, daß entweder Werner angehalten werde, den Ueberhang abzuhauen, oder daß dieß Gerichtswegen durch gemiethete Leute geschehe und der im letztern Falle entstehende Kostenbetrag vom Beklagten beigetrieben werde.

Der Beklagte weigert sich, diesem Ansinnen sich zu fügen, erklärte jedoch, daß er zu Vermeidung mehrerer Weiterungen die überhängenden Aeste nicht für sein, sondern für des Klägers Eigenthum ansehen wolle.

§. 403—410.

CCCXCVII. Der Gastwirth Müller in Leipzig klagt gegen den Kaufmann Schäfer in G. auf Bezahlung von 79 Thlrn., welche der Sohn des Beklagten vom 7. December 1847 bis zum 15. Februar 1849, wo derselbe in Leipzig studirt habe, dem Kläger für Speisen, Getränke und andere Gegenstände schuldig geworden. Da er ihm versichert, in längstens 6 Wochen von Hause aus das Geld zu schicken, so habe er ihn von Leipzig fortgelassen — auch während der 6 Wochen nicht den Vater des S. gemahnt. Als aber das Geld nicht gekommen, habe er dem Kaufmann Schäfer über die Sache geschrieben, sein Sohn schulde ihm noch 79 Thlr., scheine aber zu beabsichtigen, ihn um sein Geld zu bringen. Er bitte ihn, wenn er zur Messe nach Leipzig komme, die Sache in Richtigkeit zu bringen. — Der Beklagte habe ihm darauf geantwortet: „Obgleich mein Sohn viel gebraucht hat, so will ich doch, Ihre Güte gegen denselben erkennend, die von Ihnen an selbigen gemachte Forderung in der Zahlwoche berichtigen. Uebrigens hat mein Sohn wohl nicht die Absicht gehabt, Sie zu betrügen, sondern die Schuld aus seinen Mitteln zu bezahlen." Dessen ungeachtet habe Kläger sein Geld bis jetzt noch nicht erhalten.

Der Beklagte gesteht die in der Klage erzählten Thatsachen — auch den derselben beigelegten Brief als richtig zu, schützt jedoch

1) die exceptio excussionis vor. So lange sein Sohn, der bereits angestellt, nicht ausgeklagt sei, könne auch er nicht in Anspruch genommen werden.

2) Höchstens könne er zur Zahlung von 30 Thlrn. verpflichtet sein, indem von der eingeklagten Rechnung 29 Thlr. für Bier, 7 Thlr. für Wein, 3 Thlr. für Kaffee und 4 Thlr. Billardgeld, sowie 6 Thlr. für Mittag- und Abendtisch vom 1. Januar 1839 an in Wegfall kommen müßten; die letztgenannten 6 Thlr., weil nach den academischen Gesetzen zu Leipzig (§. 36) der Aufwand für Mittags- und Abendtisch nicht über ein halbes Jahr anschwellen darf, die Rechnung des Klägers aber schon vom 1. Juli 1838 an lief; die übrigen erwähnten Ansätze aber deshalb,

weil für Bier, Wein, Kaffee und Billard nach §. 27 und 36 der acad. Gesetze nicht mehr als 5 Thaler creditirt werden darf — aber auch diese nach Ablauf von 14 Tagen nicht mehr klagbar sein sollen; die Klage war aber erst $^3/_4$ Jahre nach Ausstellung der Rechnung eingereicht. — Gegen alle Forderungen, welche gegen jene Bestimmungen verstoßen, soll dem Schuldner — selbst nach beendigtem Studiren — eine wirksame Einrede zur Seite stehen. Beklagter glaubt, dieß müsse auch auf einen Ausländer, wie er allerdings sei, Anwendung finden. —

CCCXCVIII. Der Rath Günther stellte am 10. März 1817 dem Procurator Meister eine Urkunde des Inhalts aus:

„Gegen diesen Schuldschein bezahle ich a dato innerhab 6 Monaten „an den Herrn Procurator Meister oder dessen Ordre die Summe von „500 fl. mit 6 % Zinsen. Den Werth habe ich als Darlehn erhalten."

Für diese Schuld nebst Zinsen verbürgten sich unter demselben Datum der Dr. Bernhard, der Secretär Zimmermann und der Procurator Nagel.

Später wurde dieser Schuldschein von Meister an P. und von diesem den 21. Sept. 1817 mit allen Forderungs- und Bürgschaftsrechten an einen der Bürgen, den Procurator Nagel, der den Betrag an P. zahlte, abgetreten.

Sowohl über den Nachlaß des 1821 verstorbenen Hauptschuldners G. als über den des Secretär Z., der 1824 starb, wurde Concurs eröffnet und im G'schen Concurs 15 Procent, im Z'schen 5 Proc. auf die nicht bevorzugten Forderungen (wozu auch die Forderung aus dem Schein v. 10. März 1817 gehört haben würde), die bis zur Aussprechung des Präclusiv-Erkenntnisses angemeldet worden waren, bezahlt.

Nagel hatte bei keinem der beiden Concurse seine Forderung liquidirt. Als aber nach seinem im J. 1833 erfolgten Tode seine Wittwe unter den Papieren ihres Mannes den Schuldschein von 1810, der zugleich auch die Verbürgung enthielt, vorfand, klagte sie 1838 gegen den Dr. Bernhard auf Bezahlung der ganzen Hauptsumme von 500 fl. nebst Zinsen vom 10. März 1817 an.

Kann der Beklagte dieser Klage Etwas entgegensetzen?

CCCXCIX. Auf der Leipziger Michaelismesse 1840 erschien bei dem Kaufmann Saul der Kaufmann Schwarz, der mit dem Ersteren in Geschäftsverbindung stand, in Begleitung eines dem Saul unbekannten Herrn, den er als seinen Schwager Heinrich vorstellte mit dem Bemerken, der Letztre wolle mit Saul Geschäfte machen; er könne ihn als ganz solid und zuverlässig empfehlen und er wolle ihm (dem Saul) für die Geschäfte, welche er mit H. machen werde, gut sein. Saul ging darauf ein und machte in der Folge dem H. einen Vorschuß von 1500 Thalern, wofür er von demselben einen Solawechsel auf H., zahlbar den 2. April 1843, erhielt. Jedoch noch vor der Verfallzeit dessel-

ben zeigte H. seine Insolvenz dem zuständigen Gerichte an. Am 3. April 1844 klagt nun Saul gegen Schwarz unter Anführung der oben erwähnten Thatsachen. Ist die Klage zulässig? —

CCCC. Der Kaufmann Meier klagt gegen den Handelsmann Schulze gestützt auf folgende Urkunde:

„Ich Endesunterschriebener verpflichte mich hierdurch, dem Herrn „Jung allhier für Dasjenige, was derselbe dem Herrn Braun in X. „an Waare, baar oder an Creditbriefen bis zu 6000 Thlr. pr. C. cre„ditiren wird, als Selbstschuldner zu haften."

„G. den 2. Nov. 1851."

G. Schulze.

„Alle die in dieser Verschreibung enthaltenen Ansprüche und Ge„rechtsame cedire und übertrage ich an den Herrn Meier hierselbst „und entsage daher allen Forderungen und Ansprüchen in bündigster „Form."

„G. den 8. April 1852."

„A. Jung."

Genehmigt

Schulze.

Aus dieser Urkunde verlangt Kläger vom Beklagten die Bezahlung von 2400 Thlrn., welche Braun dem Kläger als Saldo eines Conto-courants aus dem Jahre 1853 schuldig geworden.

Ist diese Klage statthaft? —

CCCCI. Im Jahre 1848 stellte Ernst Richter in W. dem Kaufmann Wunder in X. eine Urkunde aus, worin er die Bezahlung eines Capitals von 300 Thlrn. preuß. Cour. nebst Zinsen als Selbstschuldner und mit Verzicht auf die bürgschaftlichen Rechtswohlthaten zu leisten versprach unter der Voraussetzung, daß sein Schwager Ernst von Hohenbaum ein gleich hohes Darlehn von W. vorgestreckt erhalten und binnen Jahresfrist seiner Verbinlichkeit zur Rückzahlung nicht Genüge leisten würde.

Am 1. April 1850 klagen W. und dessen Handelsassocié Müller gegen Richter auf Bezahlung von 300 Thalern nebst Zinsen zu 4 Procent vom 1. October 1849 an unter Beilegung einer von H. ausgestellten, vom 2. Januar 1849 datirten Urkunde, in welcher derselbe bekennt, am genannten Tage von W. und M. ein Capital von 300 Thalern erhalten zu haben und dasselbe am 1. Januar 1850 zurückzuzahlen. Von Verzinsung des Capitas ist in dem Documente Nichts erwähnt. Den Hauptschuldner H., führt Kläger an, habe er am 2. Jannar 1850 um Bezahlung gemahnt, jedoch keine Antwort erhalten.

Der Beklagte gibt darauf zu vernehmen:

1) das Schulddocument könne Nichts gegen ihn beweisen, weil H. das Geld gar nicht ausgezahlt erhalten habe.

2) Er habe sich verbürgt unter der Voraussetzung, daß B. das Darlehn aus seiner Privatkasse geben würde; da es aber zufolge des Schuldscheins aus der Handlungskasse genommen, so werde ihm dadurch ein anderer Gläubiger untergeschoben — mithin sei dieß ein Fall, auf den sich seine Bürgschaft gar nicht beziehen lasse.

3) Keinesfalls sei er zur Zahlung von Zinsen verpflichtet, weil vertragsmäßige Zinsen in dem producirten Documente nicht ausbedungen seien, Verzugszinsen aber die Interpellation an den Beklagten und zwar nach Fälligkeit der Forderung voraussetzen würden.

Vgl. besonders

l. 54. pr. D. loc. cond. (19, 2) Paulus:

Quaero, an fidejussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur, nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur, eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fidejussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras. Usurae enim in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur, tamen cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fidejussisset: *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?* vel ita: *Indemnem me praestabis?* —

l. 8. De de eo quod certo loco etc. (13, 4) Africanus:

Centum Capuae dari stipulatus fidejussorem accepisti; ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit, id est, ut si alibi, quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat, lisque tanti aestimatur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam summam Capuae potius, quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fidejussoris augeri. Neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum; ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est, circa cujus exsecutionem aestimationis ratio arbitrio judicis committitur. Ejusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium judicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit, eam duntaxat summam, quae petetur, Capuae solutam esse. —

CCCCII. Im Jahre 1845 verpachtete Georg Kleinschrod, unter Zustimmung seines Vormundes, sein Gut an Peter Grübel für ein jährliches Pachtgeld von 500 Thalern auf 5 Jahre, nach deren Ablauf K., der sich inzwischen in der Landwirthschaft noch mehr ausbilden wollte, das Gut selbst zu bewirthschaften beabsichtigte. Dabei verbürgt sich Ernst Trostbach für seinen Schwiegersohn Grübel, unter Entsagung auf die bürgschaftlichen Rechtswohlthaten. — Zwei Jahre darauf verkaufte K. das Gut an den Herrn v. Oberländer, indem er ihm dabei alle Rechte aus dem Pachtvertrage mit G. cedirte. O. zeigte hierauf dem

Letztern an, er habe das Pachtgeld forthin an ihn zu entrichten, womit G. sich einverstanden erklärte.

Nachdem die 5 Jahre verstrichen waren, kam v. D. mit G. überein, ihm das Gut noch auf weitere 2 Jahre zu überlassen, obgleich G. noch mit der Hälfte des Pachtgelds für das letzte Jahr im Rückstande war. Inzwischen verschlechterten sich Grübels Vermögensumstände dergestalt, daß im J. 1852 der Concurs über sein Vermögen eröffnet wurde. Es kam jedoch dabei mit der Mehrzahl der Gläubiger ein Accord zu Stande, wonach dem Schuldner 75 pr. C. erlassen werden sollten. Oberländer hatte zwar widersprochen, war aber überstimmt worden. Er klagt daher jetzt gegen Trostbach auf 1250 Thlr. rückständiges Pachtgeld.

Dieser schützt zu seiner Vertheidigung vor:

1) Durch den Verkauf des Guts an v. D. sei er von aller Verpflichtung als Bürge frei geworden.

2) Die im J. 1850 rückständigen 250 Thlr. hätte K. gleich damals von G. eintreiben sollen: da er ihm auf länger Nachsicht gegeben, so habe er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er jetzt bei G's Insolvenz um das Seinige komme.

3) Die übrigen 1000 Thlr. gingen den Beklagten Nichts an, da der ursprüngliche Pachtvertrag nur auf 5 Jahre geschlossen gewesen.

4) Der von der Majorität der Gläubiger bewilligte Erlaß müsse auch dem Beklagten zu Statten kommen.

Kläger bemerkt gegen den dritten Einwand (hinsichtlich der 2 letzten Pachtjahre), es sei ihm ein kürzlich vorgekommener ganz ähnlicher Fall erzählt worden, wo das Gericht eine für ihn günstige Ansicht angenommen.

A. hatte dem B. sein Gut dergestalt auf 5 Jahre verpachtet, daß, „wenn einer der Contrahenten alsdann nach Ablauf der 5 Jahre das Verhältniß auflösen wolle, er es ein Halbjahr vorher aufkündigen müsse." In der Folge war der Pacht 10 Jahre lang fortgesetzt worden und der Pachter war das Pachtgeld der letzten beiden Jahre rückständig geblieben. Da von B. Nichts zu bekommen, hatte A. den C. belangt, welcher sich bei Eingehung des ursprünglichen Pachtverhältnisses für B. verbürgt hatte. C. hatte zwar geltend gemacht, er könne nur wegen der ersten 5 Jahre in Anspruch genommen werden, er war aber dessenungeachtet dem Petitum gemäß verurtheilt worden.

Steht dieser Fall dem ersten gleich?

Kann K. gegen den 4. Einwand sich berufen auf

l. 58 §. 1. D. mandati (17. 1). Paulus:

Lucius creditori suo mandatorem dedit, defuncto debitore majore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator extiterat; quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: Si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videretur — justa ex causa, eaque exceptio et fidejussori danda esset et mandatori. Sed quum proponas, eum abfuisse, iniquum est, auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui po-

tuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum praetoris; nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem praestiturus est. Plane, si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fidejussorem convenire, dubitatum est, sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem. — ?

Welche Sätze lassen sich aus dieser Stelle herleiten?

CCCCIII. Der Fabrikant Müller hatte bei dem Gerbermeister Arnold ein mit 4 pr. C. zu verzinsendes Darlehn von 1200 Thlrn. aufgenommen, wofür sich die drei Brüder M's, der Apotheker M., der Kaufmann M. und der Gastwirth M., verbürgt hatten unter ausdrücklicher Entsagung auf die den Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten; nur der Letztgenannte hatte bloß seinen Namen unter die Schuldurkunde gesetzt mit dem Zusatze: „als Bürge und Selbstschuldner."

Der Apotheker hatte gesetzt: „Für obiges Darlehn bürgt der Unterzeichnete und entsagt" u. s. w., bei dem Kaufmann M. hieß es: „für das obengenannte Kapital von 1200 Thlrn. verbürgt sich" u. s. w.

Sechs Jahre darauf, da Fabrikant M. seit 2 Jahren keine Zinsen bezahlt hatte, klagten die beiden Erben des Gläubigers Arnold, der Gerber Julius A. und der Chirurg Eduard A., auf Rückzahlung des Kapitals. Zu gleicher Zeit wurde M. noch von andern Gläubigern gedrängt, so daß der Concurs über ihn auszubrechen drohte. Um diesem vorzubeugen, vereinigten sich die sämmtlichen Gläubiger dahin, 50 Procent fallen zu lassen unter Vorbehalt der Nachforderung. Der Chirurg A. behielt sich dabei ausdrücklich sein Recht gegen die 3 Brüder des M. als Bürgen vor.

Einige Zeit später ging der Kaufmann M. auf Bitten seines Bruders, des Fabrikanten M., zu dem Gerber Arnold und brachte ihm 300 Thlr., als Rückstand, welchen A. noch von M. zu fordern habe. A. wies jedoch das Geld zurück mit den Worten: „Ich nehme Ihnen kein Geld ab, ich mag jetzt von diesem Schuldposten gar Nichts mehr wissen" und zugleich übergab er dem Kaufmann M. die von M. und seinen Brüdern ausgestellte Schuldurkunde.

Nachdem inzwischen der Gastwirth Müller in Concurs gerathen, wird 2 Jahre darauf der Apotheker Müller von dem Chirurgen Arnold auf Zahlung von 300 Thlrn. nebst 2 jährigen Zinsen und der Hälfte der Zinsen, welche der Fabrikant M. zur Zeit des Accords noch rückständig war, in Klage genommen.

Er beruft sich dagegen

1) auf die Rückgabe des Schuldscheins von Seiten des Gerbers A. an den Kaufmann M.,

2) auf den dem Fabrikanten M. bewilligten Nachlaß, wodurch die Forderung gegen die Bürgen verloren gegangen,

3) auf das beneficium divisionis. Es müsse nicht nur der Kaufmann M., sondern auch der Gastwirth M. beigezogen werden; wenn auch aus

dessen Concursmasse keine Befriedigung zu erwarten sei, so müsse doch Kläger, weil er nicht früher und zu einer Zeit geklagt, wo der Gastwirth noch in Mitteln, jetzt sich gefallen lassen, daß der auf diesen fallende Theil ihm abgezogen werde.

4) Für die Zinsen habe er sich nicht verbürgt und müsse insoweit jedenfalls die Klage als unbegründet zurückgewiesen werden.

Sind diese Einwände begründet?

In welchem Umfange findet hier das beneficium divisionis Anwendung?

Haftet der Beklagte auch für die Zinsen? Wenn dieß der Fall, könnte er auch wegen dieser die Einrede der Theilung vorschützen?

Kurz darauf verfällt der Gerber A. in Concurs. Seine Gläubiger glauben beweisen zu können, daß der Erlaß und die Rückgabe des Schuldscheins an den Kaufmann M. in fraudem creditorum geschehen sei.

Welche Klage haben sie unter dieser Voraussetzung?

Gegen wen?

Worauf?

Vgl. l. ult. D. quae in fraudem cred. etc. (42. 8). Venulejus:

Si fraudator fidejussori suo scienti acceptum tulerit, si et reus non ignoraverit, uterque tenebitur; si minus, is, qui scierit. Si tamen ille, cui acceptum factum est, solvendo non sit, videndum est, an in reum, etiam si ignoraverit, actio danda sit — quia ex donatione capit. Contra si reo sciente acceptum latum sit, fidejussor quoque, si et ipse scierit, tenebitur; si vero ignoraverit, numquid non aeque actio in eum dari debeat, quoniam magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat? In duobus autem reis par utriusque causa est.

CCCCIV. Für ein 4procentiges Darlehn von 3000 Thlrn., welches der Oeconom Franz und seine Ehefrau gemeinschaftlich von dem Hofrath Märcker aufgenommen, hatten sich F's beide Schwiegersöhne Karl und Neubert verbürgt, der Erstere für das Kapital, der Letztere für die Zinsen, welche jährlich am 30. September entrichtet werden sollten. N. hatte die Eincassirung der Zinsen für M. übernommen und sich dabei schriftlich verbindlich gemacht, dieselben nöthigenfalls am 30. Sept. selbst zu bezahlen. K. hatte bei seiner Verbürgung erklärt, er wolle dem Gläubiger, wenn er nicht von seinen Schwiegereltern befriedigt werde, Waaren aus seinem Waarenlager im Betrage des geschuldeten Kapitals liefern, womit sich M. einverstanden zeigte.

Einige Jahre darauf stirbt Franz, sein Nachlaß wird von seinen beiden Enkeln Ernst Karl und Anton Neubert cum beneficio inventarii angetreten; derselbe ergiebt sich aber als unzureichend zur Deckung seiner Schulden, so daß Hofrath M. mit seiner Forderung ganz leer ausgeht, indem nicht einmal die ihm vorgehenden Gläubiger befriedigt werden können.

Welcher Weg steht ihm offen, um zu dem Seinen zu gelangen?

Kann er gegen die Wittwe Franz klagen und worauf?

Haften ihm die beiden Erben F's?

Beide sind zugleich einzige Erben ihrer Väter, der beiden Schwiegersöhne F's, welche sich für ihn verbürgt hatten, inzwischen aber vor diesem verstorben waren, geworden. Beide glauben, durch Beerbung des F. wegen der dadurch eingetretenen Confusio befreit zu sein; eventuell wollen sie das beneficium excussionis bezüglich der Wittwe Franz geltend machen.

CCCCV. In einer von dem Bäcker Blaufuß gegen die verwittwete Lindemann angestellten Klage sind folgende Thatsachen angeführt:

Die verwittwete Lindemann hat bei Lebzeiten ihres verstorbenen Ehemannes und mit dessen Vorwissen bis zu Anfang des Jahres 1849 nach und nach verschiedene Bäckerwaaren und Mehl, im Gesammtwerthe von 65 Thlrn. 16 Ngr., von dem Kläger B. gekauft und in ihren Nutzen verwendet. Darauf sind nur 12 Thlr. 16 Ngr. bezahlt worden, den Rest von 53 Thlrn. hat die L. nach ihres Gatten Tode dem B., unter Aufforderung, sich bei dem Concurse L's nicht zu melden, zuletzt noch im Juli 1851 als eine ihr obliegende Schuld zu bezahlen versprochen. Kläger hat sich demzufolge nicht bei dem L'schen Concurse gemeldet; da er aber von der Beklagten bis jetzt nicht befriedigt worden, so sieht er sich genöthigt, die noch rückständigen 53 Thlr. nebst Verzugszinsen seit dem 1. Januar 1851 im Wege der Klage zu fordern.

Ist diese Klage, wie sie angebracht, zulässig oder sofort abzuweisen?

Thut es dem Anspruche des Klägers Eintrag, daß er denselben nicht bei dem L'schen Concurse gemeldet?

CCCCVI. Der Handelsmann Berthold in X. beauftragte seinen Geschäftsfreund Thurm in Leipzig, am Zahltage der Ostermesse 1845 dem Herrn Ernst Winter auf seinen (B's) Credit die Summe von 400 Thlrn. vorzustrecken. Thurm kam dieser Anweisung nach und zahlte das Geld an W. Kurz darauf erfuhr er jedoch, daß Winter sich nach Amerika begeben habe. Er reiste daher sofort nach X., fand aber dort den Handelsmann B. nicht mehr am Leben. Seine Wittwe erklärte ihm jedoch bezüglich seiner Forderung:

„Ich kenne Ihre Forderung; sie ist in Richtigkeit. Sie bekommen „das Geld von mir; ich werde Ihnen das Geld bezahlen und das Andenken meines Mannes nicht verumglimpfen lassen. Ich habe das Geld „nur jetzt nicht, ich bekomme erst Michaelis d. J. die Zinsen von meinem „Hause; Sie können es daher nicht gleich kriegen. Uebrigens werden „seine Schulden ohnehin nur ein Paar Tausend Thaler betragen."

Als aber Thurm zu Michaelis 1845 Nichts bekam, so klagte er, — da über den Nachlaß B's der Concurs eröffnet worden und wenig Aussicht zu voller Befriedigung bei demselben war — gegen die Wittwe B.,

welche selbständig für sich ein Garngeschäft betrieb, auf Zahlung der 400 Thlr.

Die Beklagte entgegnet:

1) Die Klage sei unstatthaft und angebrachter Maaßen zu verwerfen, weil in derselben nicht angeführt sei, daß W. und der Nachlaß des verstorbenen B. der ausgeklagten Schuld wegen in Anspruch genommen sei.

2) Jedenfalls verlange jetzt Beklagte mit der exceptio excussionis, daß Kläger vorher den W. ausklage und aus dem Nachlasse ihres Ehemanns Befriedigung suche.

Der Kläger bestreitet dagegen, daß der Beklagten das beneficium excussionis zustehe, weil die von ihr geschehene Anerkennung der Schuld als constitutum debiti alieni erscheine, dem Constituenten aber jenes Beneficium nicht zu gewähren sei.

Das Gericht erster Instanz weist jedoch den Kläger ab, weil der Klage die exc. SC. Vellejani entgegenstehe, wenngleich dieselbe von der Beklagten nicht vorgeschützt sei.

Der Kläger will an die 2. Instanz gehen, mit Bezug namentlich darauf, daß die Beklagte eine „Handelsfrau" sei.

Ist dieser Schritt für ihn rathsam?

CCCCVI a. Rentier K. in C. klagte gegen die Wittwe D. daselbst auf Zahlung einer Darlehnsschuld von 100 Thlr. und legte seiner Klage folgende Urkunde, die er „als integrirenden Theil seines Libells zu betrachten" bat, an:

„Hierdurch bekenne ich von dem Herrn K. in C. die Summe von „100 Thlrn. darlehnsweise erhalten zu haben, und verspreche dieselbe, „sobald es verlangt wird, zurückzuzahlen. Auch entsage ich allen gegen „diese Vereinbarung und Urkunde zu erhebenden Einreden, namentlich „dem Einwande, daß ein allgemeiner Verzicht auf Einreden nicht gültig „sei, wenn nicht ein besonderer vorhergegangen."

„C. den 22. Sept. 1865. Friedrich D.
Henriette D. geb. Z.

Die Beklagte opponirte: eine ihrerseitige Schuld bestehe überhaupt nicht, denn nach der Nov. 134 c. 8 sei verordnet, daß sich Ehemann und Frau in derselben Urkunde nicht gültig verpflichten können. Uebrigens hätte Kläger zunächst versuchen müssen, sein Geld von den Erben ihres verstorbenen Ehemanns zu erhalten.

Kläger entgegnete hierauf: Beide vorgeschützten Einreden seien zu verwerfen, weil Beklagte allen Einwendungen entsagt habe. Eine Vorausklagung der Erben sei nicht erforderlich, weil nach des Ehemanns Tode über dessen Vermögen Concurs eröffnet sei und Kläger hierbei keine Befriedigung seiner angemeldeten Forderung erhalten habe. Sollte das Gericht in der ersten Beziehung aber anderer Ansicht sein, so werde es die Bekl. doch wenigstens zu 50 Thlr. verurtheilen müssen, denn die Novelle 134 c. 8 verbiete nicht, daß Ehemann und Ehefrau in einer und der-

selben Urkunde zur Zahlung einer Schuld von gleichem Betrage sich verpflichten, wenn jede derselben unabhängig von der andern bestehe (v. Vangerow, Pand. §. 581).

Beklagte hat die bezüglich des Concursverfahrens gemachten Angaben des Gegners zugegeben, zugleich aber die Replik des Verzichts durch die Bemerkung bekämpft, daß derselbe nicht gültig sei, „weil er zur Umgehung der Bestimmung, nach welcher ein allgemeiner Verzicht auf Einreden nicht gelte, der Schuldurkunde inserirt sei. Uebrigens heiße es in der letzteren von jedem Theile, Ehemann und Ehefrau, „**ich** verspreche die Summe von 100 Thlrn. zurückzuzahlen“, woraus sich ergebe, daß nicht zwei Darlehne von je 50 Thlr., sondern nur ein einziges gegeben sei.

Wie ist zu entscheiden?

CCCCVII. Von dem Hüttenwerksbesitzer Franke wurde mit den Gebrüdern Adolph und Ernst Weibezahl, welche gemeinschaftlich einen Eisenhandel betrieben, ein Vertrag dahin geschlossen, daß die Letztern die von F. gelieferten Eisenwaaren für dessen Rechnung zu vorgeschriebenen Preisen gegen eine festgesetzte Provision verkaufen sollten, wobei ihnen für die eine Hütte ein Credit von 1500, für die andere ein Credit von 1200 Thlrn. bewilligt sein sollte. Zur Sicherheit des F. sollte demselben das auf 2000 Thlr. taxirte Wohnhaus der Gebrüder W. verpfändet sein und überdieß war deren Onkel Schmidt als Bürge hinzugetreten. Später hatte sich auch noch die Ehefrau A. W's unter eidlichem Verzicht auf ihre weiblichen Gerechtsame (deren Inhalt ihr in einem frühern Falle erklärt worden) für Haltung jenes Vertrags durch Gebr. W. gerichtlich verbürgt.

Später verfielen beide Brüder W. in Concurs und F. erhielt aus der Masse nur 2700 Thlr., so daß ihm noch ein Rest von 3200 Thlrn. unbezahlt blieb. Auf Bezahlung dieser Summe klagt jetzt der Vormund des minderjährigen Erben F's gegen Schmidt.

Der Beklagte schützt die exceptio divisionis vor; der Kläger entgegnet ihm jedoch, dieses Beneficium stehe nur denjenigen Bürgen zu, welche sich gleichzeitig und gemeinschaftlich verbürgt hätten; ein Bürge, der für das Ganze allein und ohne Rücksicht auf andere Bürgen eingetreten, könne dadurch nicht in eine bessere Lage kommen, daß der Gläubiger später noch eine anderweite Bürgschaft erwirke.

Ueberdieß sei die Ehefrau des W. gar nicht als eine juristisch verpflichtete Bürgin zu betrachten.

Auf welche Punkte kommt es bei Entscheidung dieses Falles an?

Vgl. u. A. l. 48 D. de fidej. (46. 1) Papin.:

Si Titius et Seja pro Maevio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem, cum scire potuerit aut ignorare non debuerit, mulierem frusta intercedere. §. 1. Huic similis et illa quaestio videri potest: ob aetatem si restituatur in integrum unus fidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat? Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si *postea minor intercessit, propter incertum aeta-*

tis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari.

l. 43 eod. Pomponius:

Si a Titio stipulatus, fidejussorem te acceperim, ***deinde*** eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fidejussorem accipiam, ***confidejussores non erunt***, quia ***diversarum stipulationum*** fidejussores sunt. —

Siebentes Buch.

Die Rechte an Personen.

Erstes Kapitel. Das eheliche Recht.

§. 412.

CCCCVIII. Der Landwirth Becker heirathete die T. und ließ sich in O., im Herzogthum N., dem Wohnorte derselben, wo sie Grundvermögen besaß, nieder. Einige Zeit später beschloß B., nach Amerika auszuwandern, verlangte deshalb Entlassung aus dem herzoglich N'schen Staatsverbande und erhielt dieselbe. Die Ausführung dieses Plans scheiterte jedoch daran, daß B's Frau sich weigerte, durch Verkauf ihrer Grundstücke die nöthigen Geldmittel zu schaffen.

Dessenungeachtet verließ ihr Mann O. und übernahm in dem benachbarten Preußischen Orte E. die Schafhut. Kurz darauf verklagte er seine Ehefrau und verlangte, daß sie ihm nach E. folgen solle. Er berief sich dabei auf sein Gesuch um Entlassung aus dem N'schen Staatsverbande und dessen Gewährung und fügte hinzu, daß dieß zu dem Zwecke geschehen sei, um nach Amerika auszuwandern und daß es ihm hauptsächlich deshalb um eine gerichtliche Feststellung, daß seine Frau ihm folgen müsse, zu thun sei, um demnächst den beabsichtigten Umzug nach Amerika in's Werk zu setzen.

Die Frau begründete ihre Weigerung

1) damit, daß bei Eingehung der Ehe zwischen ihr und ihrem Ehemanne verabredet worden sei, daß er bei ihr zu O. wohnen und seinen Wohnort nicht verändern solle;

2) daß Kläger zu E. nicht als Bürger recipirt sei;

3) daß er in E. nicht einmal eine ordentliche Wohnung habe, sondern bald in dieses, bald in jenes Viehhalters Hause sich aufhalte.

Der Kläger räumt nur die zwei letzteren Behauptungen ein, entgegnet aber, diese Einwände könnten vielleicht bei der Frage des Gerichtsstandes von Einfluß sein, im vorliegenden Falle seien sie ganz irrelevant. Für einen ordentlichen Aufenthaltsort werde er sorgen, sobald seine Frau komme.

Sind die Einreden der Frau stichhaltig?

Kommt auf den Beweis der von der Frau behaupteten Verabredung Etwas an?

Hatte B. in der Klage anzuführen, daß er die zu ihrer standesmäßigen Aufnahme nöthigen Einrichtungen getroffen?

CCCCIX. Die Ehefrau des Dr. Kind verkaufte unter Beistand ihres Ehemannes und in Namen und Vollmacht ihres Vaters einige von ihrer verstorbenen Mutter herrührende Ländereien, welche sie mit in die Ehe gebracht hatte, an den Gutsbesitzer Schuhmann. In dem Kaufcontracte waren der Vater der Frau und auch ihr Mann als Mitverkäufer genannt. Mann und Frau hatten den Contract unterschrieben und dieser war nebst der Vollmacht des Vaters (welche dessen Genehmigung des von seinem Schwiegersohne und seiner Tochter geschlossenen Verkaufs enthielt) dem Käufer von der Frau Dr. K. übergeben worden. Nachdem darauf der Dr. K. in Concurs verfallen und einige Jahre nachher ohne Kinder gestorben war, heirathete seine Wittwe den Advocaten Winzer. Zehn Jahre nach Ausbruch des Concurses trat sie gegen Schuhmann mit einer Vindication der ihm verkauften Ländereien hervor, indem sie behauptete, jener Verkauf sei als Veräußerung eines Dotalgrundstücks nichtig gewesen.

Der Beklagte bestreitet,

1) daß die verkauften Ländereien als Dotalgrundstücke in die Ehe gebracht worden. Die Klägerin bemerkt dagegen, daß sie ihrem Mann von Anfang die Verwaltung des Grundstücks überlassen habe.

2) Wenn dieß auch der Fall gewesen, so habe doch die Klägerin kein Recht zur Vindication, weil sie selbst die Grundstücke verkauft oder wenigstens beim Verkaufe zugestimmt habe, und weil sie alleinige Erbin ihres ersten Ehemanns geworden sei, weshalb ihr die exceptio doli entgegenstehe.

3) Jedenfalls sei das Grundstück vom Beklagten ersessen.

Die Klägerin entgegnet hierauf, eine Ersitzung habe hier nicht Statt finden können, a) weil Beklagter in mala fide sich befunden, denn sein etwaiger Rechtsirrthum über die Veräußerlichkeit des fundus dotalis könne ihm nicht nützen, b) weil Dotalgegenstände überhaupt nicht ersessen werden könnten oder doch erst vom Tode des Mannes an.

CCCCX. Bei dem Tode des Lithographen Meier, über dessen Nachlaß Concurs ausbrach, meldete dessen Ehefrau zwei Forderungen an,

1) von 500 Thalern, welche ihr Ehemann aus ihrem Vermögen dem X. dargeliehen und von diesem zurückbezahlt erhalten. In dem von ihr beigebrachten, über dieses Darlehn ausgestellten Schuldschein, welchen ihr Mann sich hatte ausstellen lassen, ist ausdrücklich bemerkt, daß das Darlehn aus dem Vermögen seiner Ehefrau ausgeliehen sei.

2) Ferner fordert sie 6 Stück Eisenbahnactien, welche ihr Mann mit dem ihr zugefallenen Lotteriegewinnste im Betrag von 600 Thalern angekauft habe. Das $^1/_8$ Loos, auf welches dieser Gewinnst gefallen sei, habe sie mit dem von ihr gesparten Gelde, das sie sich durch Stickereiarbeiten verdient gehabt, bestritten, und habe den Gewinn ihrem Mann eingehändigt, der ihn zum Ankauf der Actien verwendet.

Der Contradictor bestreitet beide Forderungeu, und zwar:

1) die Forderung der 500 Thlr., weil die Liquidantin niemals Vermögen besessen habe. Den Beweis dieser Behauptung zu führen, habe er wegen der praesumtio Muciana nicht nöthig. Wenn es daher in dem Documente heiße, das Geld sei aus dem Vermögen der Frau genommen und diese als Gläubigerin anzusehen, so sei dieß eine unerlaubte Schenkung zwischen Ehegatten.

2) Der Anspruch auf die mit dem Lotteriegewinnste angekauften Eisenbahnactien sei ganz offenbar unstatthaft, weil ja die Gegnerin selbst zugestehe, das Geld, womit sie das Loos bestritten, sei aus dem Ertrag ihrer Stickereiarbeiten genommen gewesen; dieser Ertrag aber sei, der Verabredung der M'schen Eheleute gemäß, für die Bestreitung der Wirthschaftsführung bestimmt gewesen.

Die Frau M. läugnet sowohl, daß sie kein Vermögen bei der Verheirathung besessen und das Darlehn aus dem Vermögen ihres Mannes genommen gewesen, als daß der Ertrag ihrer Stickereien nur für den Haushalt bestimmt gewesen sei, indem sie vielmehr behauptet, es sei dieß ein Nebenverdienst gewesen, über welchen ihr die freie Disposition zugestanden.

Ist ihr der Beweis dieser beiden Behauptungen oder einer derselben aufzulegen?

Oder bedarf es keines weitern Beweises zur Entscheidung des obigen Falles?

CCCCXI. Der Commissär Schlotter hatte seiner Tochter bei deren Verheirathung mit dem Copisten Meier die Hälfte seines Wohnhauses zur Mitgift gegeben. Am Schlusse des hierüber ausgefertigten Documents hieß es:

„Für den Fall, daß wider Verhoffen meine Schwester Rosalie ihren angeblichen Anspruch auf das erwähnte Haus gerichtlich geltend machen und damit durchdringen sollte, verpflichte ich mich hierdurch, meinem genannten künftigen Schwiegersohne die Summe von 1800 Thalern als den halben Werth des Hauses auszuzahlen."

Bei seinem Ableben wurde Schlotter von einem Sohne und der erwähnten Tochter beerbt. Der erstere klagte gegen ihren Ehemann auf Theilung und in Folge davon kam es zum öffentlichen Verkaufe des Hauses, welches X. erstand für 3000 Thaler.

Gegen diesen tritt die Wittwe Meier nach dem Tode ihres Ehemanns mit der Vindication der Hälfte des Hauses auf, indem sie das oben Vorausgeschickte zur Begründung anführt und sich zur Zahlung von 1500 Thalern erbietet.

X. entgegnet, der Antheil am Hause sei eine dos venditionis causa aestimata und daher der Ehemann zur Veräußerung derselben befugt gewesen.

Ist die Klage begründet?

§. 418.

CCCCXII. Der Curator des v. Grün'schen Concurses klagte von dem Schwiegervater des Cridars, dem Herrn v. Z., den Brautschatz ein, welchen derselbe als Vater seiner Tochter mitzugeben schuldig gewesen sei. Dieser Pflicht sei der Beklagte nicht nachgekommen; die Tochter sei zwar inzwischen mit Hinterlassung zweier Kinder verstorben, es werde aber nunmehr die dos aus der Person ihres hinterlassenen Ehemanns gefordert.

Der Beklagte räumt die in der Klage aufgestellten factischen Behauptungen ein, entgegnet jedoch, daß eben, weil seine Tochter verstorben sei, eine Mitgift von ihm nicht gefordert werden könne, am Wenigsten von den Gläubigern seines Schwiegersohnes.

Auf welche Punkte kommt es hierbei an?

Würde es Etwas ändern, wenn ein ausdrückliches Versprechen einer dos von Seiten des Beklagten erwiesen werden könnte?

---

§. 419—420.

CCCCXIII. Bei der Verheirathung des Kaufmanns Heine mit Elisa Müller im Jahre 1844 hatte der Oheim der letztern, Georg Müller, dem Ehemanne die Summe von 2000 Thalern als dos versprochen, unter der Bedingung, wenn seine Nichte einen Sohn mit ihm bekommen würde.

Später, im Jahre 1845, hatte H. mit dem Oheim seiner Frau verabredet, statt jener Summe auch eine diesem zustehende Gartenbesitzung annehmen zu wollen. Einige Zeit darauf, aber noch bevor H. einen Sohn bekommen, verfiel Georg Müller in Concurs.

Im Jahre 1847 kam zwar H's Frau mit einem Knaben nieder, derselbe starb jedoch schon im folgenden Jahre und bald darauf auch dessen Mutter mit Hinterlassung eines Testamentes, worin sie, da keine Kinder vorhanden, ihren Ehemann und ihren Vater zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt hatte.

Mit Anführung dieser Thatsachen klagt ihr Vater gegen den hinterlassenen Ehemann seiner Tochter auf Herausgabe der 2000 Thlr.

Läßt sich der Klage Etwas entgegensetzen?

CCCCXIV. Dorothee Schmid brachte bei ihrer Verheirathung mit dem Förster Reichenbach diesem als Ausstattung außer verschiedenen Kleidungsstücken und Hausrath u. A. 4 Schock Flachs und 60 Ellen Leinwand als Heirathsgut ein. Diese Gegenstände fordert nach dem Tode der Frau deren Erbin, Juliane Schmid, von R. zurück — außerdem noch 152 Thaler, über welche Klägerin Folgendes anführt. Die Ehefrau des Beklagten, der Klägerin Erblasserin, sei früher bis zu ihrer Verheirathung Kammerfrau im Dienste der Prinzessin v. S. gewe-

sen und von dieser sei ihr eine jährliche Pension von 25 Thalern ausgesetzt worden, worüber der Klage folgende Urkunde beigelegt ist:

„Meiner bisherigen Kammerfrau, Dorothee Schmid, jetzt verehelichten Reichenbach, versichere ich hierdurch für mich und meine Erben eine lebenslängliche Pension von jährlich 25 Thalern.

S. d. 1. März 1833.

J. Prinzessin von S."

Von dieser Pension seien, führt die Klägerin an, bei Lebzeiten der Ehefrau des Beklagten 152 Thaler bezahlt worden und in den Besitz des Beklagten gekommen; diese müsse er jetzt restituiren.

Der Beklagte widerspricht dem Anspruche

1) auf Herausgabe der eingebrachten Kleider, Hausgeräthe, des Flachses und der Leinwand mit dem Bemerken, diese Gegstenände seien verbraucht und gegenwärtig nicht mehr vorhanden.

Die Klägerin gesteht dies zu, verlangt aber statt jener Gegenstände deren Werth.

2) Dem Verlangen hinsichtlich der 152 Thaler setzt der Beklagte entgegen, daß die fragliche Pension während der Ehe seiner verstorbenen Frau bewilligt worden, daß nach dem Begriffe der Pension diese dazu bestimmt sei, von dem Pensionär zu seiner Alimentation im weitern Sinne verbraucht zu werden, daß aber bekanntlich die Alimentation einer Ehefrau nicht ihre Sache, sondern Sache ihres Ehemanns sei — daß mithin die Darreichung einer Pension an eine Ehefrau nicht sowohl für ein Geschenk an diese, als vielmehr für ein Geschenk, welches dem Ehemanne gemacht werde, anzusehen sei.

Entscheidung.

CCCCXIVa. Der Chirurgus M. in E. klagte am 10. Oct. 1863 gegen den dortigen Sattler D., indem er folgendes vortrug: Die Schwester des Bekl. sei seine Ehefrau gewesen, im Jahre 1858 verstorben und von ihrem einzigen Kinde beerbt worden. Da dasselbe drei Tage nach der Mutter mit Tode abgegangen, sei dessen Nachlaß auf den Kläger vererbt. Im Jahre 1862 sei auch der Schwiegervater aus dem Leben geschieden und habe ein Testament hinterlassen, in welchem er den damals bereits großjährigen und als Sattlermeister etablirten Beklagten zum alleinigen Erben ernannt und seiner zweiten Ehefrau ein Legat von 100 Thlr. ausgesetzt habe. „Der Beklagte habe in dem vom Prozeßgerichte als Verlassenschaftsbehörde abgehaltenen Termin dieses Testament auch ausdrücklich anerkannt." Daraus ergebe sich, daß er auch zugleich die Verpflichtung übernommen habe, alle Schulden des Verstorbenen zu bezahlen. Nun habe aber u. A. der Verstorbenen dem Kläger noch eine bislang unberichtigte Schuld von 250 Thlr. zu bezahlen gehabt, welche Summe er der klägerischen Ehefrau „am Tage vor ihrer Verheirathung unter ihrerseitiger und des Klägers Acceptation als Mitgift außer den ihr damals übergebenen Mobiliargegenständen versprochen habe, wobei freilich bevorwortet sei, daß die Auszahlung erst nach des Promittenten Tode gefordert werden könne." Da sich Bekl. in Güte nicht zur Erle-

gung dieser Gelder verstehen wolle, werde gebeten, daß er gerichtsseitig dazu sowie zum Ersatze der Prozeßkosten verurtheilt werde.

Beklagter opponirte: in der Klage fehle die Behauptung, daß er die Erbschaft angetreten habe, in seiner erfolgten Anerkennung des Testaments liege weiter nichts als die Erklärung, daß er das Testament für rechtsbeständig halte, aber nicht die Uebernahme der Verpflichtung, den Anordnungen desselben nachzukommen. Besitz habe er von dem Nachlasse noch nicht ergriffen, dieser befinde sich unter Händen seiner Stiefmutter. — Es fehle ferner der Klage auch an allem Rechtsgrunde. Die libellirte dos würde ihrem Ursprunge nach eine profectitia sein, welche bekanntem Rechte nach bei aufgelöseter Ehe an den Vater zurückfalle. Andererseits sei der Natur der Sache nach keine Verbindlichkeit zu dotiren mehr vorhanden gewesen, sobald zur Zeit des Todes des Promittenten gar keine Ehe bestanden habe.

Kläger gab zu, daß der Nachlaß sich noch im Besitze der Stiefmutter des Bekl. befinde. Im Uebrigen blieb er beim Inhalte seiner Klage und fügte noch bei: Nach Lun. §. 6. C. de rei uxor. act. stehe dem Ehemanne die actio dotis petendae zu, möge dessen Frau noch leben oder nicht, „wenn nur im letzteren Falle die Mitgift in einem Vertrage oder Gesetze ihren Grund habe."

Gegenstand d. Klage

§. 421.

CCCCXV. Die Wittwe Korb hatte zur Zeit ihrer Verheirathung mit Adam Zeune, welcher bisher als Commis in ihrem Dienste gestanden hatte, in ihrem zu G. gelegenen Wohn- und Gasthause einen Materialwaarenhandel betrieben. Sofort nach ihrer Verheirathung überließ sie jenen Handel ihrem Ehemann zum ausschließlichen Betriebe, jedoch auf gemeinschaftliche Rechnung und Gefahr, übergab demselben auch das Gewölbe sammt Waarenlager und Vorräthen und allen dazu gehörigen Hausutensilien (als Waagen, Gewichten, Gefäßen u. dgl.) zu seiner ehemännlichen Verfügung und Verwaltung. Im Jahre 1846 machte sie jedoch einen Ehescheidungsproceß gegen Z. anhängig und noch ehe derselbe beendigt, ließ Z. das ganze vorhandene Waarenlager und die sämmtlichen Handelsutensilien aus dem Hause der K. fort und in seine Miethwohnung schaffen, wo er sein Handelsgeschäft von Neuem begann.

Nachdem sodann im Jahre 1847 die Ehescheidung erfolgt war, erhob die geschiedene Z. unter Anführung des oben Erwähnten Klage gegen ihren früheren Ehemann und bat, ihn zu verurtheilen, und die bei dessen Uebergabe vorhandenen, von ihm eingezogenen Außenstände nach einer von ihm aufzustellenden und eidlich zu bestärkenden Specification oder Inventar baar zu vergüten und die Handelsutensilien, wie sie ihm übergeben worden, gleichfalls nach einer eidlichen Specification in natura oder deren Werth zurückzugeben. —

Der Beklagte läugnet, daß aus den in der Klage angeführten Thatsachen der Anspruch der Klägerin sich herleiten lasse; keinesfalls, meint

er, könne Klägerin verlangen, daß er, der Beklagte, ein Verzeichniß aufstelle und beeidige, ein solches Verzeichniß hätte der Klage beiliegen müssen und wegen dessen Mangels sei sie abzuweisen. Uebrigens sei noch zu bemerken, daß die ihm übergebenen Handelsutensilien später zugleich mit dem Wohnhause der Klägerin abgebrannt seien. Er habe deshalb neue Geräthschaften anschaffen müssen und diese habe er dann, aber mit Fug und Recht, als sein Eigenthum mit sich genommen.

Die Klägerin replicirt auf diese letztre Behauptung, zwar seien allerdings die übergebenen Utensilien verbrannt, aber die an deren Stelle angeschafften seien mit ihrem, der Klägerin, Geld angekauft. —

CCCCXVI. Carl Gottlob Hauswald hatte sich am 5. Juli 1830 mit der Wittwe Zahn verheirathet, auf deren Gute er sich schon seit Weihnachten 1829 aufgehalten und die Wirthschaft geführt, namentlich auch in der ersten Hälfte des Jahres 1830 die Bestellungskosten und Gutsabgaben ausgelegt hatte.

Als darauf im Anfang Juli's 1832 die Ehefrau Hauswald's starb, klagte der noch lebende Vater derselben im Dec. 1832 auf Rückgabe des von seiner Tochter eingebrachten Landgutes, nebst den seit dem Tode der Frau gezogenen Früchten, gegen deren nachgelassenen Ehemann. Dieser macht besonders als Gegenforderungen geltend die Bestellungskosten und Gutsabgaben, welche er seit Weihnachten 1829 für das Gut seiner Ehefrau aufgewendet habe, und zwar gibt er dieselben für die Zeit vor der Trauung auf 110 Thlr., für die Zeit während der Ehe aber auf 398 Thlr. an. Außerdem verweigert er die Herausgabe der im Herbste 1832 von ihm gezogenen Erndte.

Der Kläger beharrt nicht nur bei seinem Verlangen, sondern bestreitet auch den Anspruch auf Ersatz der angeführten Verwendungen, auch der vor der Ehe gemachten, weil ja der Beklagte die Erndte des Jahres 1829 bezogen habe.

Entscheidung.

CCCCXVII. Der Hauptmann Reinhard verschrieb seiner Tochter bei deren im J. 1835 erfolgter Verheirathung mit dem Mechanicus Adler außer einer Aussteuer auch eine dos von 4000 Thlrn., welche der Ehemann zum Ankaufe eines Hauses und zur Errichtung seines Geschäfts verwenden sollte.

Diese Summe oder das dafür gekaufte Haus sollte für den Fall, daß entweder die Ehe bei Lebzeiten beider Ehegatten wieder getrennt würde, oder daß Umstände einträten, welche die Ehefrau nöthigten, ihrer Sicherstellung wegen die dos zurückzufordern, alsdann unverzüglich von dem Ehemanne zurückgegeben werden, ohne daß derselbe irgend welche Ansprüche oder Gegenforderungen deshalb, sie möchten Namen haben wie sie wollten, sollte geltend machen dürfen. Außerdem versprach auch die Mutter der Braut derselben 1000 Thaler als Geschenk, welche aber nicht

zum Brautschatz gehören, sondern der Braut gänzlich und einzig nebst den Zinsen zu ihrer freien Disposition verbleiben sollten. —

Ueber den Empfang beider Summen hatte Adler seiner Frau einen Empfangschein ausgestellt.

Als darauf im August des Jahres 1839 die Ehescheidung durch den Landesherrn erfolgt war, klagt die geschiedene Ehefrau im December 1839 gegen Adler auf Herausgabe des Hauses, sowie des Miethzinses von 50 Thalern seit Ostern 1839 für den vermietheten Theil des Hauses, und von 20 Thalern für die Wohnung des Mannes seit August 1839; außerdem der 1000 Thlr. nebst Zinsen seit Eingehung der Ehe. —

Der Beklagte schützt vor:

1) nicht das Haus, sondern die Summe von 4000 Thalern sei als dos gegeben worden.

2) Wenn die Absicht gewesen sei, daß das Haus an die Stelle der Summe treten solle, so würde auch dann nur von einer dos aestimata die Rede sein können, Beklagter also nur zu Rückerstattung der Aestimation verpflichtet sein.

3) Für jeden Fall macht der Beklagte folgende Gegenforderungen geltend:

a) 650 Thlr. für nothwendige Reparaturen, welche er auf seine Kosten habe vornehmen lassen und die er entweder von den 2000 Thalern abziehen oder für den Fall, wenn er zur Herausgabe des Hauses verurtheilt werden sollte, ersetzt haben will.

b) In derselben Weise verlangt er ersetzt 120 Thlr. für Einrichtung eines Ladens, durch dessen Vermiethung jährlich 10 Thlr. mehr aus dem Hause bezogen worden.

c) 45 Thlr. für Umsetzen einiger Oefen in den vermietheten Localitäten.

d) 37 Thlr. für Einrichtung einer Kochanstalt, die seine Frau gewünscht habe.

e) 53 Thaler für Einrichtung einer Badeanstalt, welche der Hausarzt für unumgänglich nöthig wegen der Gesundheit seiner Frau erklärt habe.

Zur Zahlung des Miethzinses hält er sich so wenig, als zur Verzinsung der 1000 Thlr., welche die Frau ihm zur Verwaltung übergeben und damit zur Dotalsache gemacht habe, für verpflichtet.

Mit Bezug auf die erwähnten Auslagen erbietet er sich zur Zahlung von 3095 Thlrn. und von 1000 Thalern, eventuell, wenn er das Haus herausgeben solle, verlangt er zuvor Ersatz von 905 Thlrn.

Die Klägerin bestreitet sowohl das Vorhandensein einer dos aestimata, als die Verpflichtung zum Ersatz der angeführten Verwendungen, verharrt bei ihrem früheren Verlangen und fügt nur noch eine Verweisung auf den Ehecontract hinzu, worin jeder Anspruch auf Ersatz derartiger Auslagen ausgeschlossen ist. Eventuell will sie die verlangten 905 Thaler compensiren mit einem Schatz im Betrag von 950 Thalern, welchen Beklagter im Keller ihres Hauses gefunden und sich angemaaßt hatte.

Parta — Metalia.

§. 422.

CCCCXVIII. Bei dem im Januar 1836 eröffneten Concurse des Gutsbesitzers Eduard Lehmann meldet sich die von dem im April 1835 verstorbenen Sohne L's, Georg L., hinterlassene Wittwe mit einer Forderung von 2751 Thalern von ihr eingebrachter dos und außerdem 8000 Gulden, indem sie sich auf einen bei ihrer Verheirathung mit Georg Lehmann i. J. 1833 errichteten Ehecontract beruft, in welchem unter andern Bestimmungen auch folgende vorkam:

„Falls der Ehemann vor der Frau versterben würde, so soll die „Letztere, es seien Leibeserben vorhanden oder nicht, das Gut zu O. „mit allem Zubehör, nichts davon ausgeschlossen, mit aller Nutzbarkeit „Zeitlebens zum Wittwensitz haben und behalten. Dafern sie sich wie„der verheirathen wollte und keine Leibeserben vorhanden wären, so „soll derselben ihr Eingebrachtes von den Gütern nicht nur wieder „erstattet, sondern auch noch 8000 fl. als Gegenvermächtniß gezahlt „werden. Im Fall dieselbe sich nicht wieder verheirathen würde, sol„len ihr nichtsdestoweniger diese 8000 fl. Gegenvermächtniß erblich zu„fallen und sie aus den Gütern zu weichen nicht schuldig sein, bis „sowohl die inferirten 8000 fl. als das Gegenvermächtniß der 8000 fl. „bezahlt; zu dem Ende solle auch vorerwähntes Gut cum pertinentiis „ihr als Hypothek bestellt sein."

Zum Schlusse hieß es:

„daß diese Ehepacta in duplo ausgefertigt und solche von beiden Ver„trauten nebst Herrn Gutsbesitzer Eduard Lehmann und dessen „Frau Gemahlin und erbetenen Herrn Zeugen unterschrieben „u. s. w."

Der Contradictor hält diesem Anspruche entgegen:

1) Die Unterschrift des Cridars habe entweder nur dessen väterlichen Consens zu der Verheirathung seines Sohnes enthalten sollen oder derselbe habe sich nur mit als Zeuge unterschrieben.

2) Keinesfalls könne aus der Unterschrift mehr als eine Verpflichtung zur Hälfte hergeleitet werden, weil ja die Schwiegermutter sich mit unterschrieben.

3) Obgleich in dem angeführten Documente von bereits inferirten 8000 fl. die Rede sei, so müsse doch abgeläugnet werden, daß die Illation der versprochenen dos überhaupt geschehen sei.

4) Wäre aber auch die Illation der angeblichen dos geschehen, so würde doch dieselbe jetzt noch nicht zurückgefordert werden dürfen, weil in einem andern Paragraphen des erwähnten von der Klägerin vorgelegten Ehecontracts ausdrücklich bestimmt war, daß, „im Falle die Ehefrau den Ehemann überleben sollte, die dos von ihr keinesfalls eher, als nachdem auch ihr Schwiegervater gestorben sei, solle zurückgefordert werden können."

War die Klage angebrachtermaßen abzuweisen oder die Entscheidung von einem noch zu führenden Beweise abhängig zu machen, und wie war im letzteren Falle die Beweislast zu bestimmen? —

Von den Concursmasse.

§. 423.

CCCCXIX. Der Kaufmann Hering hatte den Handelsmann Schubert auf Zahlung von 130 Thlrn. als Kaufpreis für gelieferte Waaren ausgeklagt und es war am 4. April 1848 auch erfolgter Verurtheilung des Letzteren und erlassener Zahlungsauflage, da S. derselben nicht nachkam, mit Hülfsvollstreckung in des Schuldners bewegliches Vermögen verfahren worden.

Einige Tage darauf wurden jedoch die in Beschlag genommenen Mobilien von der Ehefrau Schubert's als ihr Eigenthum reklamirt unter dem Anführen:

1) das in dem consignirten Glasschranke befindliche Glas- und Prozellangeschirr habe sie für ihre Person von ihren Verwandten und Freunden als Hochzeitsgabe geschenkt erhalten.

2) Von den übrigen Mobilien seien

a) ein Sopha, ein Dutzend Rohrstühle und ein Tisch mit 56 Thalern aus ihrem Vermögen vor ihrer Verheirathung mit S. von ihr gekauft worden;

b) ein Dutzend gepolsterte Stühle, 4 Schränke und 2 Tische, nach erfolgter Verheirathung mit 100 Thlrn. gekauft, welche sie von ihrem Vater nach der Hochzeit als Aussteuer erhalten.

3) Die übrigen Mobilien seien ihr von ihrem Ehemanne am 17. März 1847 für den Preis von 150 Thalern verkauft worden. Als Beleg hierfür gab sie einen am genannten Datum gerichtlich anerkannten Kaufcontract zu den Acten, worin S. erklärte, seiner Ehefrau sein sämmtliches Mobiliar für den genannten Preis verkauft zu haben, und worin dieselbe den baaren und richtigen Empfang des Kaufpreises bekannte in der Weise nämlich, daß als solcher gelten sollte ein Kapital, welches seine Ehefrau ihm ein Vierteljahr nach der Trauung, zu welcher Zeit sie dasselbe von einem Schuldner eingezogen, vorgeschossen hatte, die Ehefrau aber als Käuferin die an sie erfolgte Uebergabe des Mobiliars bezeugte. —

Von dem Vertreter der Concursmasse wird gegen diese Ansprüche eingewandt:

1) es sei in dem Vorbringen der Vindicantin keine Thatsache behauptet, aus welcher auf die Eigenschaft der fraglichen Gegenstände als Paraphernalgut geschlossen werden könne und dies sei zur Begründung einer Vindication derselben unbedingt nöthig gewesen.

2) In dem gerichtlichen Ehecontracte des Cridars mit der Klägerin sei ausdrücklich bestimmt, daß das Eingebrachte der Letzteren unter allen Umständen dem Ehemanne bleiben und der Frau deshalb kein Anspruch zustehen solle. Daß eine solche Verabredung zulässig sei, beweise

l. 12 pr. D. de pact. dotal. (23. 4):

Si pater dotem dederit et pactus sit, ut mortua in matrimonio filia, *dos apud virum remaneret*, puto *pactum servandum*, etiamsi liberi non interveniant. —

Wie steht es mit dem Anspruche der Ehefrau des Cridars?

Folgt ihr Vindicationsrecht schon aus den von ihr angeführten Thatsachen oder hängt dessen Statthaftigkeit noch von andern, von ihr zu beweisenden Thatsachen ab?

Steht ihrem Anspruche die (von ihr eingeräumte) Verabredung in dem Ehecontracte entgegen? —

CCCCXX. Friedrich Leinhos brachte im November 1847 klagend an, seine Ehefrau Johanne L. geb. S. habe das vormals mit ihm gemeinsam besessene, Mühlengut zu P. neuerlich wiederum an sich gekauft und besitze selbiges als Alleineigenthümerin, woran ihm, als Ehemann, aber das Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht gesetzlich zustehe. Allein seine Ehefrau unterfange sich, diese seine ehemännlichen Gerechtsame jetzt gänzlich zu verläugnen. Nicht genug, daß sie in der Mühle alle Einkäufe und Lieferungen, alle Einnahmen und Ausgaben ohne sein Zuthun besorge, daß sie in der Gutswirthschaft alle Anordnungen selbst treffe, halte sie auch alle Geld- und Natural-Einnahmen unter ihrer alleinigen Obhut und Verwahrung, weigere sich, ihm die Schlüssel auszuhändigen, und äußere sowohl gegen ihn selbst, als gegen dritte Personen ganz unumwunden, daß sie die alleinige Herrin im Gute sei, und daß er — Kläger — daher recht wohl thun würde, wenn er die Entbehrlichkeit seiner Anwesenheit in demselben erkennen wolle. Er stelle daher das Gesuch, seiner Ehefrau bei Strafe aufzugeben, daß sie sich in Bezug auf das dem Kläger an ihrem Vermögen überhaupt und an dem Mühlengute insbesondere zustehende Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht den Gesetzen gemäß bezeige.

Die Beklagte räumte die vorstehenden Behauptungen als richtig ein, berief sich jedoch dafür, daß sie rechtmäßig verfahre, auf den von ihr und ihrem Ehemanne am 22. Februar 1847 mit August Pfänder geschlossenen Kaufcontract, welcher im §. 3 folgende Disposition enthielt:

„Hiernächst sollen von den vorgedachten 7500 Thalern (welche zusammen mit einer vom Käufer übernommenen Hypothekenschuld von 5500 Thlrn. den Kaufpreis ausmachen) der Mitkäuferin (der Beklagten) fünftausend Thaler als ein ihr ausschließlich zugehöriges Receptitiengut gehören, weshalb der Mitverkäufer (Kläger), indem er dieß Alles anerkennt, erklärt, diese 5000 Thaler niemals als Heirathsgut in Anspruch zu nehmen und deren Illation fordern oder auf ehemännliche Nießbrauchsrechte Anforderungen machen zu wollen."

Mit diesen 5000 Thalern, behauptete die Beklagte, habe sie im September 1847 das Mühlengut wieder, aber allein, an sich gebracht (was auch Kläger selbst in der Klagschrift angeführt hatte); die Mühle sei mithin selbst zum Receptitiengut geworden, und sie sei um so mehr zur alleinigen Bewirthschaftung derselben befugt, als ihr Ehemann die Wirthschaft ganz vernachlässige und fast Tag und Nacht außerhalb des Hauses zubringe. —

Kläger replicirt, zu jener Erklärung in dem angezogenen Kaufcontracte habe er allerdings sich verleiten lassen, dieselbe sei jedoch als Schenkung unter Ehegatten rechtlich unwirksam. Ueberdieß aber und abgesehen

hiervon hätten jene 5000 Thaler eben durch ihre Verwendung zum Wiederankaufe des früher gemeinschaftlichen Mühlengutes (welchen Wiederankauf Kläger zugiebt) die gesetzlich zu präsumirende Dotal- oder Paraphernal-Eigenschaft angenommen. —

Wie ist zu entscheiden?

Schenkungen unter Ehegatten.

§. 425.

CCCCXXI. In dem über Georg Lohgerber anhängigen Concurse wollten die Gläubiger auch die Nutzungen des hauptsächlich in Grundstücken bestehenden Vermögens der Ehefrau des Gemeinschuldners zur Masse ziehen; hiergegen protestirte jedoch die Ehefrau L's unter der Behauptung, daß ihr Vermögen Paraphernalgut sei, und daß ihr auch die Verwaltung darüber zustehe, wofür sie sich namentlich auf folgende gerichtlich recognoscirte Erklärung ihres Ehemannes, welche derselbe während ihrer Ehe abgegeben, berief:

„Nachdem meine Ehegattin, Frau Luise L., seit unserer Verehelichung „für mich 4000 Thaler Schulden bezahlt hat, so erkläre ich hierdurch „zu Recht beständig, daß ich nicht nur diese 4000 Thaler jährlich mit „4 Procent richtig verzinsen werde, sondern daß ich mich auch durch „Bezahlung dieser Summe wegen des mir an dem dereinstigen Nach-„lasse meiner genannten Ehegattin gebührenden gesetzlichen Pflichttheils „als gänzlich abgefunden erachte, dergestalt, daß ich nach dem Ableben „meiner Ehegattin an deren Nachlaß irgend einige Ansprüche, sie mö-„gen auf einem Rechtsgrunde beruhen, auf welchem sie wollen, nicht „zu machen habe und daß daher meine Ehegattin über ihr Vermögen „sowohl auf den Todesfall als unter den Lebendigen völlig frei ver-„fügen kann. Ebenso verzichte ich hierdurch wohlbedächtig auf das mir „als Ehemann an dem Vermögen meiner Ehefrau zustehende Verwal-„tungsrecht, so daß Letztere außenstehende Zinsen und Capitalien, so-„wie die Nutzungen von dem ihr zugehörigen Hause ohne meine Con-„currenz erheben und darüber rechtsgültig quittiren, auch über ihre „sämmtlichen Mobilien selbständig disponiren kann und erkenne ihr „sämmtliches jetziges und zukünftiges Vermögen als Receptitiengut an, „an welchem ich mich aller und jeder Ansprüche hierdurch für immer „begebe. —

„Dresden, den 12. Januar 1843. Georg Lohgerber."

Die Beweiskraft dieser Erklärung wurde jedoch von den Gläubigern aus dem Grunde angefochten, weil in jenem Verzichte des Ehemanns eine Schenkung unter Ehegatten — also ein ungültiges Rechtsgeschäft — gelegen habe.

Gegen dieses Argument bemerkt der Anwalt der Ehefrau des Gemeinschuldners, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten finde hier keine Anwendung,

1) weil der Frau nur ihr Eigenthum, kein dem Manne gehöriges Vermögen, zurückgegeben worden;

2) weil ihr Etwas gegeben worden, was der Mann jedenfalls nach Auflösung der Ehe hätte restituiren müssen — also nur eine Schuld vor ihrer Fälligkeit abgetragen worden, worüber zu vergleichen

l. 31 §. 6. D. don. int. vir. etc. (24, 1):

Quod vir uxori *in diem* debet, sine metu donationis praesens solvere potest; quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit.

3) Zum Wesen einer Schenkung gehöre, daß der eine Theil *pauperior*, der andere *locupletior* werde. Dieß könne hier nicht gesagt werden, weil der Verzicht mit Rücksicht auf die von der Frau bezahlten Schulden des Mannes geschehen sei.

4) Ueberhaupt liege hier nur ein Verzicht, eine Entsagung eines Gewinns zu Gunsten der Frau vor, welche vollkommen zulässig sei.

l. 5 §. 14 D. de don. int. vir. etc. (24, 1):

Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis, valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam, si proponas, eam heredem institutam.

Dagegen beruft sich der Anwalt der Frau auf

l. 28 D. de pact. dotal. (23, 4) Paulus:

Quaeris, si pacta sit mulier vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? — Dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum, eoque modo minorem dotem constitutam; post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem et erit mera donatio.

CCCCXXII. Gegen die Wittwe des verstorbenen Handelsmanns Ludwig Funke klagt der Bruder des Letzteren als dessen alleiniger Intestaterbe auf Herausgabe von 3 Staatsschuldscheinen à 1000 Gulden, sowie auf Ersatz von 139 Thalern, welche bei dem Tode des Erblassers baar vorhanden gewesen. Beklagte habe sich widerrechtlicher Weise in den Besitz jener Papiere und des baaren Geldes gesetzt.

Die beklagte Wittwe giebt darauf zu vernehmen,

1) sowohl die Staatsschuldscheine, als das baare Geld seien ihr von ihrem verstorbenen Ehemanne geschenkt. Derselbe sei schon längere Zeit vor seinem Tode mit dem Gedanken umgegangen, sich das Leben zu nehmen. Bald nach seinem am 7. Januar 1847 erfolgten Ableben habe sie in einem Spiegelschranke, der im Verkaufsgewölbe gestanden, einen an sie adressirten Brief ihres Ehegatten gefunden, den sie hiermit beilege. In diesem Briefe hatte der Verstorbene seiner Frau sein Vorhaben, sich das Leben zu nehmen, mitgetheilt und, nachdem er Einiges über sein Begräbniß bestimmt, hinzugefügt:

„Anbei in den Spiegelschrank habe ich einiges Geld gelegt. Bestreite „damit die Begräbnißkosten und was sonst erforderlich ist; das Uebrige „behalte Du, reise nach Amerika und suche Dein ferneres Lebensglück „zu gründen."

In diesem Briefe waren die fraglichen Staatsschuldscheine eingeschlossen und eingesiegelt gewesen. Neben dem Briefe hatte sie 139 Thlr. baar in einem Päckchen vorgefunden.

2) Eventuell macht die Beklagte eine Forderung von 2500 Gulden, welche sie zu Bezahlung von Schulden ihres Ehemanns, noch während derselbe gelebt, aber von *ihrem* Vermögen, verwendet, compensationsweise geltend.

In seiner Replikschrift erkennt Kläger den producirten Brief seines Bruders als von demselben herrührend an, wendet jedoch ein,

1) die in demselben enthaltene Schenkung sei als Schenkung unter Ehegatten, sowie auch wegen Mangels der Insinuation ungültig. Auch sei in dem Briefe nur von dem beiliegenden Gelde, nicht von den Staatspapieren die Rede.

2) Die 2500 Gulden, welche Beklagte für ihren Ehemann bezahlt, habe sie animo donandi bezahlt. Er legt in Bezug hierauf einen Brief der Beklagten bei, den sie noch vor ihrer Verheirathung an ihren künftigen Ehemann geschrieben und worin sie ihm versprochen hatte, seinem Wunsche gemäß seine Schulden, sofern sie den Betrag von 3000 Gulden nicht überstiegen, zu bezahlen.

Die Beklagte entgegnet in ihrer Duplikschrift,

ad 1) Die Schenkung sei zwar eine Schenkung unter Ehegatten, aber durch den Tod ihres Ehemanns ohne Widerruf sei dieselbe convalescirt.—

ad 2) Wenn jene Zahlung von 2500 fl. schenkungsweise geschehen sei, so sei sie eben deshalb ungültig, und sie widerrufe dieselbe hierdurch. Aus dem beigelegten Briefe gehe nur hervor, daß das *Versprechen vor der Ehe* gegeben worden; die wirkliche Zahlung aber, um die es sich allein handle, sei *während* der Ehe geschehen.

§. 428.

CCCCXXIII. Die Wittwe des mit Hinterlassung von fünf Kindern verstorbenen G. verheirathete sich bereits 6 Monate nach dessen Tode mit dem Assessor *Hagen*. In dem Ehecontracte hatte sie dem Letzteren für den Fall ihres Todes das ihr eigenthümlich gehörige, auf 6500 Thaler taxirte Wohnhaus geschenkt. In einem später errichteten Testamente bestätigte sie dieß, ihr ganzer übriger Nachlaß sollte an ihre Kinder erster Ehe, jedoch in der Weise fallen, daß ihre beiden Töchter zusammen die eine, ihre drei Söhne die andere Hälfte bekommen sollten. In einem späteren Testamente änderte sie hieran, daß ihr zweiter Sohn, Adolph, wegen ihr zugefügter Mißhandlungen von der Erbschaft ausgeschlossen und nur ein Legat von 300 Thalern erhalten solle.

In dem Testamente ihres ersten Ehemanns G. war der Wittwe ein auf 1150 Thlr. angeschlagener Garten mit Gartenhaus zu unbeschränkter Disposition und der Nießbrauch an dem übrigen Vermögen vermacht worden. Das Uebrige sollten die 4 ältesten Kinder erben; der jüngste Sohn, Bruno, sollte enterbt sein, weil er gegen den Willen der Eltern in

eine Schauspielergesellschaft eingetreten war. Auch sollte nach des Testators ausdrücklicher Verordnung an diesen Dispositionen Nichts geändert werden durch eine etwaige Wiederverheirathung seiner Wittwe und die poenae secundarum nuptiarum für sie nicht eintreten. —

Jenen Garten hatte die Mutter bald nach dem Tode ihres ersten Ehemannes an den X. für 1050 Thaler veräußert.

Noch vor der Frau Assessorin H. starb ihre älteste Tochter Auguste, verwittwete Märker, und wurde nach ihrem Testamente nur von ihrer Schwester Julie und ihrer Mutter zu gleichen Theilen beerbt.

Als einige Jahre später auch die H. starb, traten ihre 4 Kinder erster Ehe gegen ihren Stiefvater H. mit einer Klage hervor, worin sie die Abtretung des Hauses verlangten mit dem Erbieten, ihm 300 Thlr. als den Betrag des geringsten Kindestheils auszuzahlen. Höchstens könne er einen Antheil von 2000 Thalern verlangen, da in dem ersten Testamente der Mutter den 3 Söhnen zusammen die eine Hälfte des außer dem Hause bleibenden Vermögens, welches damals 12000 Thlr. betragen habe, hinterlassen worden. Zugleich verlangen sie auch den Garten zurück, den H. nach seiner Frau Tode von X. wiedergekauft hat. —

Der Beklagte beruft sich dagegen

1) auf die Bestimmung im Testamente des G., daß bei seiner Wittwe die poenae secundarum nuptiarum nicht eintreten sollten,

2) darauf, daß zur Zeit des Todes seiner Frau deren Nachlaß — ohne das Haus, 30000 Thlr. betragen, er mithin bis zu 7500 Thalern habe bedacht werden können. Höchstens könnten die Kläger die Herausgabe von 1500 Thalern verlangen, das Haus könne er jedenfalls behalten.

3) Der Mitkläger Adolph G. habe gar keinen Anspruch.

4) Hinsichtlich des Gartens müßten Kläger sich an X. halten. Jedenfalls sei die Veräußerung desselben durch die Beerbung der ältesten Tochter Auguste wenigstens zum vierten Theil convalescirt, weil diese im Testamente ihres Vaters allein zur Hälfte eingesetzt worden sei.

Entscheidung.

CCCCXXIV. Bei dem B'schen Concurse machten sechs Enkel aus der ersten Ehe seiner Frau mit dem X. geltend:

1) eine Forderung von 20000 Gulden, welche ihnen von A., dem Bruder ihrer verstorbenen Mutter als Legat hinterlassen worden. Dieses Legat, welches ihnen während B's zweiter Ehe angefallen, habe B. während ihrer, der Legatare, Minderjährigkeit zur Verwaltung übernommen, die eine Hälfte in seinen Nutzen verwendet, die andere bei der Staatskasse angelegt. — Wegen dieser Forderung verlangen sie Separation des vollen Betrags von der Masse, eventuell beanspruchen sie wenigstens ein Vorzugsrecht in der Befriedigung.

2) Von der Erbschaft ihrer Großmutter, welche 21000 fl. betragen habe und welche der Gemeinschuldner in Besitz genommen, verlangen sie $^6/_7$ heraus — also 18000 fl. Es sei ihnen zwar in dem Testamente ihrer Großmutter zusammen nur die Hälfte der Erbschaft hinterlassen,

ihrem Stiefgroßvater aber die andere Hälfte; allein durch diese Disposition habe ihre Großmutter ihre Befugnisse überschritten, da sie ihrem zweiten Ehemann nur so viel habe hinterlassen können, als einem von den Kindern erster Ehe. Was aber von Kindern, gelte auch von Enkeln, denn bekantlich würden nach Römischem Sprachgebrauche unter liberi alle Descendenten verstanden:

l. 56. l. 220. D. de V. Sign.

Was kann diesen Ansprüchen entgegengestellt werden?

Zweites Capitel. Das elterliche und Kindes-Recht.

§. 430.

CCCCXXV. Nachdem Christiane Henriette B. am 13. August 1839 von ihrem Ehemanne, Carl Wilhelm B., von Tisch und Bette geschieden worden, reichte sie gegen denselben am 28. Juli 1840 eine Klage ein, in welcher sie anführte, am 25. November 1838 sei sie mit dem Beklagten ehelich verbunden worden und darauf, nachdem sie am 6. August 1839 die Wohnung des Beklagten verlassen habe und am 13. Aug. von Tisch und Bett geschieden worden, sei sie am 24. Oct. 1839 mit einem Mädchen niedergekommen. Nun weigere sich aber der Beklagte, das von ihr zur Welt gebrachte Kind als sein Kind anzuerkennen und zu ernähren, weshalb sie bitte, ihn hierzu für verbunden zu erklären.

Der Beklagte läugnete vor Allem, daß die Klägerin erst seit dem 6. August 1839 seine Wohnung verlassen habe, und behauptete dagegen:

1) daß er zu der Ehe mit der Klägerin von seinen Eltern gezwungen worden und von Anfang eine Abneigung gegen sie gehabt, weßhalb er auch nie in derselben Kammer mit ihr geschlafen habe.

2) Schon seit dem 12. Februar 1839 habe sie seine Wohnung verlassen und sei zu ihren Eltern gezogen.

Da dieß eine Abläugnung zweier zur Klagbegründung wesentlicher Punkte sei, so habe die Klägerin dieses Abgeläugnete zu beweisen.

3) Die Klage müsse aber schon deshalb abgewiesen werden, weil es sich hier um Anerkennung eines nach der Scheidung geborenen Kindes handle, in diesem Falle aber der Mann zu Folge des SC. Plancianum nur unter der Voraussetzung zur Anerkennung verbunden sei, wenn ihm die Schwangerschaft der Frau von dieser binnen 30 Tagen von der Zeit an, wo sie von ihm gegangen, angezeigt worden sei. Daß dieß geschehen, habe die Klägerin nicht einmal zu behaupten vermocht.

Wie ist auf diese Klage zu erkennen?

Ist der Klägerin oder dem Beklagten noch ein Beweis aufzulegen?

CCCCXXVI. Der Tagelöhner Scharf hatte sich von X., dem Sohne eines reichen Bauers, bei welchem er fast täglich arbeitete, durch das

Versprechen von 30 Gulden bestimmen lassen, sich als Vater eines mit der Z. erzeugten unehelichen Kindes zu bekennen. Sch. hatte demzufolge im Jahre 1817 vor Gericht, gegenüber der Mutter Z., die sich durch die Bitten des X. hatte bestimmen lassen, statt seiner den Sch. anzugeben, und dem Vormunde des unehelichen Kindes sich als dessen natürlichen Vater bekannt, und die vergleichsmäßig festgesetzte Abfindungssumme von 145 Gulden, die ihm X. eingehändigt, bezahlt. Es war dabei ausgemacht worden, das Kind solle auf Scharf's Namen eingeschrieben werden, jedoch den Geschlechtsnamen der Mutter führen.

Etliche Jahre nach diesem gerichtlichen Geständnisse hatte Scharf nicht die Z., sondern eine andere Frauensperson geheirathet und in dieser Ehe einen Sohn erzeugt.

Mit diesem Sohne knüpfte die uneheliche Tochter später ein Verhältniß an und Beide beabsichtigten, einander zu heirathen. Allein bei der Instruction des Ansässigmachungsgesuchs kam zur Sprache, daß die Verlobten von väterlicher Seite natürliche Geschwister seien, und die Mutter der Braut benannte hier wiederholt den Vater des Bräutigams als den natürlichen Vater ihrer Tochter unter Bezugnahme auf die frühere gerichtliche Erklärung.

In Folge davon wies das Untergericht, das zugleich Polizeibehörde war, das Verehelichungsgesuch als unstatthaft zurück. Jetzt machten der Vater des Bräutigams und die Mutter der Braut gemeinschaftlich eine Eingabe des Inhalts, es sei eine Unwahrheit, daß sie Beide je vertrauten Umgang gepflogen und nicht er, Sch., sondern X. sei der Vater der Braut. Nur um die dem X. angelobte Verschwiegenheit zu halten, habe die Z. noch kürzlich die frühere Erklärung bezüglich Scharf's wiederholt. Jetzt aber, wo zwei Personen durch diese Unwahrheit leiden müßten, wollten sie Beide ihre früheren Erklärungen hiermit widerrufen und die lautere Wahrheit angeben, zu deren eidlicher Bekräftigung sie erbötig seien.

Auf diese Eingabe gab die Polizeibehörde zum Bescheide, die bereits verfügte Zurückweisung könne nicht aufgehoben, es müsse daher der Rechtsweg eingeschlagen werden.

Die Braut stellt nunmehr gegen Scharf die actio de filiatione negativa an.

Ist diese Klage zulässig? —

CCCCXXVIa. Adolph M. in S. war mit der Henriette J. daselbst am 11. Januar 1848 ehelich verbunden, und gebar am 2. Juli 1849 einen Sohn, den sie mit Wissen und ohne Widerspruch ihres Ehemannes auf dessen Namen in's Kirchenbuch eintragen ließ. Bald darauf trennte die zuständige Behörde die Ehe auf Antrag des Adolph M. wegen seiner Ehefrau zur Last gelegten und von ihm bewiesenen Ehebruchs; Adolph M. trat dann gegen den Gottlieb R. in S., der für das gedachte Kind als Vormund bestellt war, mit einer Klage auf, in welcher er zunächst das Angeführte hervorhob, behauptete, daß das Kind nicht das seinige, indem niemals zwischen ihm und seiner gewesenen Ehefrau ein Beischlaf

vorgekommen sei, und beantragte, das Gericht möge erkennen, „daß er das von seiner geschiedenen Ehefrau am 2. Juli 1849 geborne Söhnchen als sein eheliches anzuerkennen nicht schuldig, die auf Klägers Namen geschehene Eintragung des letzteren zu löschen und gedachtes Kind in die gericht- und außergerichtlichen Kosten zu verurtheilen sei."

Der Gegner erklärte: ob jemals die gewesenen Eheleute mit einander concumbirt, können dritte Personen nicht wissen, daher die desfalsige Behauptung des Klägers geleugnet werde. Aus dem Statt gehabten Ehebruche würde übrigens noch nicht folgen, daß das Kind nicht vom Kläger erzeugt sei. (L. 11 §. 9 D. 48. 5). Jedenfalls erscheine die angestellte Klage als actio nondum nata. Denn der verklagte Pupill oder sein Tutor haben durchaus keine Veranlassung dazu gegeben, weder Alimente, noch irgend welche Familienansprüche erhoben, nicht einmal Legitimität behauptet. Die Eintragung in's Kirchenbuch sei die Handlung dritter Personen, der Kläger habe dazu geschwiegen, also sich damit einverstanden erklärt. Ueberhaupt sei der beklagte Vormund gar nicht befugt, „über das höchst persönliche Recht des status" seines Mündels eine bindende Erklärung abzugeben. Daß von Verurtheilung des letzteren in Kosten keine Rede sein könne, liege auf der Hand, es fehle ja an jeglicher culpa.

Kläger meinte dagegen: die vermißte Voraussetzung der actio nata, eine Rechtsverletzung „liege für ihn in dem Umstande, daß das Kind als sein eheliches in's Kirchenbuch eingezeichnet sei, folglich bis zur Wiederaufhebung dieser Eintragung als das seinige gelte". Diesen Zustand brauche er sich nicht gefallen zu lassen, zumal auf Grund desselben abseiten des Kindes Ansprüche könnten erhoben werden. Aber Statusklagen bedürfen überhaupt gar keiner Rechtsverletzung in Folge einer Handlung des Beklagten, um actiones natae zu sein. Daß der Tutor so gut bei den den Status als das Vermögen des Pupillen betreffenden Verhandlungen letzteren vertreten respt. auctoritatem interponiren könne, unterliege keinem Zweifel.

Wie wird die Entscheidung ausfallen?

Drittes Capitel. Die väterliche Gewalt.

§. 432.

CCCCXXVII. Der Herr v. B. hatte nach dem Tode seiner Frau seine Tochter den beiden unverheiratheten Tanten derselben, G. u. E. C., zur Erziehung bis zu erreichter Volljährigkeit übergeben. Schon nach einigen Jahren jedoch klagt er gegen die Letzteren unter dem Anführen, die Beklagten seien in Hinsicht auf geistige Ausbildung seiner Tochter höchst nachlässig zu Werke gegangen und überdieß sogar bemüht gewesen, die Liebe derselben von ihm abzuwenden, so daß Letztere sogar seiner Aufforderung, zu ihm zurückzukehren, sich widersetzt habe. Ein von ihm ausgewirkter polizeilicher Befehl auf Verabfolgung seiner Tochter sei ohne

Erfolg geblieben, weil die Beklagten durch Beschwerde beim Ministerium des Innern seine Verweisung auf den Rechtsweg ausgewirkt hätten. Er bitte daher, ihn auf Grund seiner väterlichen Gewalt für befugt zu erklären, seine Tochter zu sich zurückzunehmen, den Beklagten aber zu untersagen, ihm dabei irgend ein Hinderniß in den Weg zu legen.

Die Beklagten läugneten vor Allem, die Erziehung ihrer Nichte vernachlässigt und deren Liebe von dem Kläger abzuwenden versucht zu haben; außerdem aber bekämpfte ihr Anwalt die Statthaftigkeit der Klage mit Bezug auf

l. 5 D. de lib. exhib. (43. 30) Venulejus:

Si filius sua sponte apud aliquem est, inutile hoc interdictum erit; quia filius magis apud se, quam apud eum est, in quem interdicetur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi haberet; nisi inter duos, qui se patres dicerent, controversia esset, et alter ab altero exhiberi eum desideraret.

Da Kläger selbst angeführt habe, daß seine Tochter die Rückkehr verweigere, ohne von den Beklagten davon zurückgehalten zu werden, so spreche er sich selbst damit allen Grund zur Klage ab.

Außerdem glauben Beklagte, sich auf den Vertrag, in Folge dessen Kläger ihnen seine Tochter bis zu ihrer Volljährigkeit zur Erziehung übergeben (welcher Termin noch nicht eingetreten), stützen, jedenfalls aber eine Gegenforderung wegen des Kostgeldes entgegensetzen und wegen derselben ein Retentionsrecht ausüben zu dürfen.

Entscheidung.

CCCCXXVIII. Die Ehefrau des X. hatte gegen denselben auf Scheidung von Tisch und Bett geklagt und hielt sich während dieses Processes mit dem Kinde, das sie von X. hatte, bei ihren Eltern auf. Eines Tages, als das Kind auf dem Platze vor dem Hause der Letztern spielte, wurde dasselbe von X. seiner Wärterin gewaltsam entrissen und in einem bereit stehenden Wagen weggeführt. In Folge davon klagt die Mutter gegen X. auf Rückgabe des Kindes unter Anführung folgender Gründe:

1) das Kind bedürfe wegen seines zarten Alters von 4 Jahren ihrer besonderen mütterlichen Pflege und sei deshalb sie allein zu dessen Erziehung berechtigt;

2) wollte man aber auch dem Vater ein gleiches Recht zustehen, so würde derselbe es doch durch seine widerrechtliche Selbsthülfe verwirkt haben.

3) Abgesehen von der Frage nach dem Rechte, müsse sie jedenfalls im jüngsten rechtmäßigen Besitze geschützt und gegen das erlittene spolium restituirt werden.

4) Durch die angeführte Handlung des Klägers habe derselbe unerlaubter Weise der Entscheidung des anhängigen Rechtsstreites (bezüglich der Ehescheidung) vorgegriffen.

---

§. 434.

CCCCXXIX. Der Barbier Menz ließ einen Theil seiner Kunden von seinem Sohne, der ihm als Gehülfe diente, bei ihm im Hause wohnte nnd die Kost bei ihm hatte, besorgen. Später überließ er ihm alle diejenigen Kunden, die in ihrer Wohnung bedient sein wollten. Das mit ihnen vom Vater verabredete Monatsgeld pflegte bisher der Letztere seinem Sohne am letzten Tage eines jeden Monats abzuverlangen.

Seit etwa einem Jahre hat er dieß jedoch nicht mehr gethan und der Sohn hat dieses ihm gelassene Geld im Betrage von 120 Thalern anfangs auf die Sparkasse gethan, zu Ende Juni 1852 jedoch von dort weggenommen und in einem Kasten, den er in seiner Schlafkammer stehen hatte, als Ersparniß aufbewahrt. Dabei befanden sich auch 53 Thaler, welche er von zwölf neuen Kunden eingenommen, die er auf eigene Faust acquirirt, ohne seinen Vater Etwas davon wissen zu lassen, sowie 12 Thlr. 15 Sgr., welche er als Trinkgeld von einigen der reichsten Kunden seines Vaters erhalten hatte. Er beabsichtigte, mit diesem ersparten Gelde sein selbständiges Etablissement zu begründen, hatte auch bereits Schritte deshalb gethan, ungeachtet des Widerspruchs von seinem Vater.

Als er jedoch am 3. Juli 1852 Abends in seine Schlafkammer trat, fand er den Kasten erbrochen und überzeugte sich, daß das sämmtliche darin bewahrte Geld herausgenommen sei.

Sein Verdacht fiel sogleich auf seinen Vater, der seit seiner kürzlich erfolgten zweiten Verheirathung ihm immer abgeneigter zu werden schien, und als er diesen deshalb zur Rede setzte, gestand derselbe ohne Weiteres zu, daß er das Geld an sich genommen habe, behauptete jedoch, dabei in seinem vollen Rechte gewesen zu sein.

Der Sohn verließ hierauf augenblicklich das Haus seines Vaters und es gelang ihm, durch den Beistand einiger Freunde die Concession zur selbständigen Betreibung seines Geschäfts zu erlangen.

Sobald ihm dieß gelungen, begiebt er sich, zu Ende December 1852, zu einem Advocaten mit der Bitte, ihm den zweckmäßigsten Weg, wie er zu seinem Gelde gelangen könne, anzugeben.

Welche Auskunft mußte ihm der Advocat geben? —

Könnte, wenn die Münzen noch in des Vaters Besitze wären, der Sohn mit einer Besitzklage auftreten?

§. 435 — 437.

CCCCXXX. Die Königliche Kammersängerin Fräulein v. H. hatte bei dem Instrumentenmacher Reinhard im Jahre 1842 ein flügelförmiges Pianoforte mit englischer Mechanik für 400 Thaler gekauft.

Noch bevor Reinhard seine Bezahlung erhalten, war die v. H. gestorben und R. klagt daher gegen den Vater der Käuferin, den Herrn v. H., auf Bezahlung, indem er zur Begründung seiner Klage anführt, der Beklagte hafte zunächst schon als Vater derselben, weil er

1) seine Zustimmung zu dem Kaufe dadurch an den Tag gelegt, daß

er bei dem Kaufe mit zugegen gewesen und daß er ihn später im Auftrag seiner Tochter um Ablieferung des Instruments gemahnt habe. Die Klage sei daher als actio quod jussu begründet.

2) Aber auch abgesehen davon, würde die Klage schon als actio de in rem verso statthaft sein, weil durch den Ankauf des fraglichen Pianoforte ein standesgemäßes Bedürfniß seiner Tochter befriedigt worden, mithin, da Beklagter zur Alimentation seiner Tochter verpflichtet sei, eine in rem versio Statt gefunden habe.

Der Beklagte verneint, daß er die Erbschaft seiner Tochter angetreten habe; vielmehr habe er sich ausdrücklich von derselben losgesagt, wofür er sich auf ein gerichtliches Actenstück bezieht. Aber auch als Vater könne er nicht haften, da

1) seine Tochter durch ihre Anstellung als Kammersängerin, um so mehr, da sie eigene Bedienung und besondere Wirthschaft gehabt, aus seiner väterlichen Gewalt herausgetreten sei.

2) Selbst wenn er zugestimmt hätte, was er jetzt läugnen müsse, so würde darin kein Befehl, jussus, liegen.

Kläger müsse sich daher an den auf etwa 231 Thaler anzuschlagenden Nachlaß seiner Tochter halten.

Ist die Klage angebrachter Maßen abzuweisen, oder ist dem Kläger noch ein Beweis aufzulegen?

Oder ist der Beklagte sofort zu verurtheilen, weil er den Kauf und den Empfang des Instruments zugestanden?

CCCCXXXI. Die Wittwe Greiner war mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben, worin die 5 minderjährigen Kinder ihrer Tochter, der verehelichten Ludwig, als Erben ihres Nachlasses zum vierten Theile eingesetzt waren, zugleich aber dem Sohne der Erblasserin, Julius G., die Verwaltung und Curatel dieses Erbtheils dergestalt übertragen war, daß sie solchen zum administrirenden Curator des ihren Enkeln zufallenden Vermögens ernannt und es demselben zur Pflicht gemacht hatte, Alles auf Zinsen auszuthun, resp. zu verpachten, zu erhalten und zu vermehren, auch den Erben, nach erlangter Großjährigkeit, das vorhandene Vermögen zu überliefern. Zugleich war in dem Testamente bestimmt, daß, wenn ihr Sohn, J. G., vor erledigter Curatel versterben sollte, von Gerichtswegen ein anderer Curator bestellt, von dieser Curatel aber ihr Schwiegersohn Ludwig ausgeschlossen sein solle.

Nachdem die Wittwe G. gestorben, übernahm ihr Sohn, Julius G., die Administration des Erbtheils seiner Schwesterkinder.

In Folge davon klagt Ludwig, unter Anführung des oben stehenden Sachverhältnisses für sich und im Namen seiner 5 Kinder gegen J. G. und trägt darauf an, denselben zur Rechnungsablage über das großmütterliche Vermögen seiner noch minderjährigen Kinder, zur Vorlegung der betreffenden Inventarien u. s. w. anzuweisen, auch die Sicherstellung des Klägers in der fraglichen Hinsicht zu verfügen.

Ist diese Klage zulässig?

CCCCXXXII. Georg Winter klagt für sich und als gesetzlicher Nutznießer des von seiner verstorbenen Frau ihren Kindern hinterlassenen Vermögens gegen die Wittwe des Dr. Breithaupt unter Anführung folgender Thatsachen:

Zu der Verlassenschaft des Dr. Breithaupt, der den Kläger und dessen Frau zu Erben eingesetzt, gehörten auch gewisse Grundstücke, welche die Beklagte, B's Wittwe, noch jetzt pro possessore und ohne rechtlichen Grund besitze, dessen ungeachtet aber abzutreten verweigere. Er bitte deshalb, sie zur Herausgebe derselben zu verurtheilen.

Die Beklagte gesteht den Besitz der vom Kläger bezeichneten Grundstücke zu, schützt aber zu ihrer Vertheidigung vor, die Klage sei insoweit unstatthaft, als Kläger aus dem ihm zustehenden Nießbrauchsrechte geklagt habe, denn der gesetzliche Nießbrauch am Vermögen der Kinder gebe dem Vater kein Recht, den Gegenstand desselben mit einer dinglichen Klage zu verfolgen. Kläger hätte insoweit als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder klagen müssen. Als solcher sei er aber nicht aufgetreten und habe er auch nicht auftreten können, weil seine Kinder bereits volljährig und aus der väterlichen Gewalt des Klägers herausgetreten seien.

Der Kläger entgegnet hierauf:

1) in dem Nießbrauch liege zugleich die Administrationsbefugniß; zur letztern aber gehöre auch die Vertretung im Processe.

2) Eventuell wolle er seine Klage als actio confessoria betrachtet wissen.

3) Aus dem Rechte Dritter, seiner Kinder, könne Beklagter keine Einrede herleiten.

S. a. u. zu §. 445.

[illegible]

§. 438.

CCCCXXXIII. Bei dem Tode des Uhrmachers Wilhelm Wohlfahrt trat dessen Vater, der Kaufmann W., gegen die in dem Testamente des Verstorbenen zur Universalerbin eingesetzte Wittwe desselben mit einer Klage hervor, in welcher er aus dem Nachlasse außer dem Pflichttheile, der ihm vom Sohne hinterlassen war, Befriedigung für folgende zwei Forderungen verlangte:

1) für eine Forderung von 1000 Thalern, welche Summe er im Jahre 1845, als sein Sohn noch bei dem Uhrmacher X. in Z. in Condition gestanden, zu seinem künftigen Etablissement demselben als Darlehn gegeben habe.

2) 525 Thaler als Hälfte eines Darlehns von 1050 Thalern, welche der im October 1843 verstorbene Bruder des Erblassers, Adolph W., im Juli desselben Jahres seinem Bruder Wilhelm für sein bevorstehendes Etablissement vorgestreckt. Da Kläger den Gläubiger Ad. W. zusammen mit dem Ehemanne der Beklagten beerbt habe, so stehe ihm die Rückforderung des Darlehns zur Hälfte zu.

Für beide Forderungeu producirte der Kläger Documente, in deren einem der Verstorbene seinem Vater den baaren und richtigen Empfang von 1000 Thalern zu seinem Etablissement bekannt hatte, ohne jedoch dabei eines Darlehns oder einer Verbindlichkeit zur Rückzahlung zu erwähnen. — Das andere Document bestand in einem Briefe des Verstorbenen an den Kläger, vom 1. August 1844, worin der Erstere schrieb:

„Wie Sie, lieber Vater, aus Adolph's Briefe ersehen werden, hat er mir zu meinem Etablissement 1050 Thaler als Unterstützung geschickt. Ich behielt mir immer vor, Ihnen diesen Umstand ausführlicher zu erzählen, damit Sie sehen möchten, daß ich den Bruder Adolph nicht dazu aufgefordert habe, dieser es mir vielmehr durch Expressen zweimal angeboten, weßhalb ich beschloß, sein gütiges Anerbieten anzunehmen."

Die Beklagte gab den Inhalt beider Documente als richtig zu, läugnete aber hinsichtlich beider, daß daraus ein Recht zur Rückforderung hervorgehe. Gegen den producirten Brief vom 1. August 1844 producirt sie einen Brief des Klägers an ihren Ehemann vom 19. Juni 1844 — noch vor dem zu Ende Juli 1844 erfolgten Etablissement des Letztern geschrieben, auf welchen Brief der vom Kläger producirte die Antwort enthielt. Kläger hatte in jenem Briefe d. d. 19. Juni 1844 angefragt, wieviel sein Sohn Wilhelm von dem verstorbenen Adolph an Geldunterstützung erhalten habe und hinzugefügt:

„Sei nicht bange, daß ich von dir was verlange, so wenig Ka-„pital, als Zinsen; denn ich brauche es nicht."

Ist die Klage des Vaters zulässig?

Antworten

§. 441—444.

CCCCXXXIV. In dem Herzogthum X. haben die Geistlichen eine Wittwencasse eingerichtet, die sie durch verhältnißmäßige jährliche Beiträge im Bestehen erhalten. Dabei ist bestimmt, daß die Wittwe eines daran Theil habenden Geistlichen, wenn sie kinderlos sei, den sechsten Theil des von dem Verstorbenen bezogenen Gehaltes fort beziehen solle. Wenn sie aber Kinder habe, solle sie für jedes Kind zwanzig Thaler mehr bekommen, so lange, als sie das Kind am Brode habe. Dieselbe Summe sollte den Waisen ausgezahlt werden, wenn die Mutter nicht mehr lebe und sie sonst keine Subsistenzmittel hätten.

Hierauf berief sich die Wittwe des Pfarrers Müller bei dem Tode ihres Mannes, dessen Stelle auf 600 Thaler jährlich angeschlagen war. Sie verlangte nämlich außer den ihr gebührenden 100 Thalern noch weitere 40 Thaler für zwei Enkelinnen von zwei verheiratheten Töchtern, welche schon ihr Mann noch bei seinem Leben an Kindes Statt angenommen habe. Die gerichtliche Aufnahme zu Protokoll sei jetzt nach dem Tode des Mannes von ihr nachgeholt worden und somit die nöthige Form beobachtet.

Die Wittwencasse weigert sich der Auszahlung von 40 Thalern für jede der beiden Enkelinnen, weil

1) die Wittwe M. sowohl, als der Ehemann, nur um 30 Jahre älter als die jüngste der Enkelinnen seien, mithin die Adoption schon deshalb unstatthaft gewesen.

2) Bei der Adoption durch eine Frau bedürfe es eines Rescripts des Regenten.

3) Die Bestimmungen der Wittwencassenstatuten bezögen sich nur auf leibliche Kinder und auf Waisen; weder das Eine, noch das Andere (denn beide Schwiegersöhne der Klägerin seien noch am Leben) finde auf die beiden Enkelinnen Anwendung.

Ist der Wittwe zu rathen, daß sie noch ein Rescript des Regenten zu erlangen suche?

---

§. 445.

CCCCXXXV. Nachdem im Jahre 1842 die Frau des Fleischers Kästner gestorben war, starben im folgenden Jahre auch zwei seiner Töchter. Die einzige Tochter, die ihm geblieben, wurde ihm gegen seinen Willen von dem Herrn v. S. entführt und geheirathet.

Die Letztere trat nach einigen Jahren klagend gegen ihren Vater auf, indem sie die Herausgabe der zwei von ihren verstorbenen Schwestern ihr angefallenen Erbtheile cum fructibus perceptis et percipiendis beanspruchte.

Der Beklagte entgegnet:

1) Der ihm zustehende Nießbrauch an dem Vermögen seiner Kinder höre nicht mit deren Tode auf — denn der ususfructus endige nicht mit dem Tode des Eigenthümers, sondern mit dem des Usufructuars; er beruft sich besonders auf

l. 7 §. 1. Cod. ad SC. Tertull.:

Si persona defuncta in sacris patris constituta decesserit patrem usumfructum, quem et vivente filio habebat, tenere donec vivat, incorruptum.

2) Die von ihm gezogenen Früchte müßten mit den Alimenten, welche er der Klägerin vor ihrer Verheirathung gewährt, compensirt werden.

3) Keineswegs könne Klägerin auch die fructus percipiendi verlangen.

CCCCXXXVI. Die Schröter'schen Eheleute hinterließen bei ihrem Ableben zwei Enkelinnen von einer vor den Eltern verstorbenen Tochter als nächste Verwandte, von welchen die eine, Anna Hufeld, unverehelicht, die andere aber, Margaretha H., an Bartels verheirathet ist. Nachdem diese beiden Enkelinnen volljährig geworden, belangen sie ihren noch lebenden Vater auf Anerkennung des Eigenthums an den von ihren Großeltern hinterlassenen Grundstücken, mit dem Antrag, jedenfalls denselben zur Herausgabe dieser ererbten und zweier anderer (näher bezeichneten) Grundstücke, die ihnen im Jahre 1829 von P. geschenkt worden, welche Schenkung Beklagter als ihr natürlicher Vormund für sie

angenommen — mit den seit ihrer Volljährigkeit gezogenen Früchten, zu verurtheilen. Die Klage war als Eigenthumsklage, daneben aber auch als persönliche Klage, als actio tutelae directa — auf Herausgabe der für sie als Bevormundete vom Beklagten, als Vormunde, in Besitz genommenen Grundstücke bezeichnet. Ueberdieß war behauptet, daß beide Klägerinnen einen abgesonderten Haushalt führten.

Der Beklagte räumt die in der Klage aufgestellten Behauptungen ein, beruft sich aber auf das ihm gesetzlich an dem Vermögen seiner Kinder zustehende Recht des lebenslänglichen Nießbrauchs. Jedenfalls verlangt er den Abzug des praemium emancipationis.

Entscheidung.

CCCCXXXVII. Der Färber Schönheit zu I., welcher im Jahre 1827 zur 2. Ehe geschritten war, hatte im Jahre 1832 mit seinen Kindern 1. Ehe und den Vormündern derselben einen Vertrag abgeschlossen, kraft dessen er den Kindern zur Sicherung ihres Peculienvermögens (bestehend in 6000 Gulden voraus und 1500 Gulden, die sie von D. ererbt) verschiedene Grundstücke, sowie eine Obligation von 1000 Gulden „als freies Eigenthum und resp. an Zahlungsstatt" überlassen, so jedoch, daß er sich dabei „sein ihm nach Ehepacten und gesetzlich zustehendes Nutzungsrecht am Vermögen seiner Kinder" vorbehalten hatte; dieser Vertrag war auch von der obervormundschaftlichen Behörde bestätigt worden.

Im Jahre 1847 trat eines der Kinder erster Ehe, der volljährige Georg Sch., in einer wider seinen Vater und seine übrigen, ebenfalls volljährigen, Geschwister, gerichteten Klage auf und bat zu erkennen, daß

1) die Beklagten schuldig seien, das in dem Vertrage vom Jahre 1827 erwähnte Vermögen mit dem Kläger zu theilen;

2) daß sein Vater nicht befugt sei, eine Nutznießung an Klägers Vermögensantheil, weder von der Zeit, seit welcher er aufgehört, in seines Vaters Brod zu stehen, noch für die Zukunft zu fordern.

Um diese Ansprüche zu begründen, führte er an, daß er volljährig sei, und jetzt, nachdem er 12 Jahre als Schönfärber in der Fremde sich aufgehalten und auf eigene Kosten sich ernährt habe, im Jahre 1846 aber in seine Heimath zurückgekehrt sei, eine separata oeconomia anfangen und sein Gewerbe als Schönfärber treiben wolle. Zur Begründung eines eigenen Geschäfts bedürfe er nothwendig seines Vermögens, wodurch sich ihm auch die Aussicht auf eine vortheilhafte Heirath eröffnen würde. Die Ausantwortung des Seinigen werde ihm jedoch von seinen Geschwistern und von seinem Vater verweigert; die erstern verlangten vielmehr, daß er gleichfalls im Brode und in der Gewalt seines Vaters bleibe.

Entscheidung.

CCCCXXXVIII. Der Kaufmann Schmidt in B. hat einen Sohn, der leichtsinnig und verschwenderisch schon mehrmals bedeutende Schulden gemacht hat, die der Vater seines guten Namens wegen bezahlen mußte.

Um ihn vor weiteren Verführungen zu bewahren, schickt Schmidt seinen Sohn nach R., einer kleinen Landstadt, wo, wie er hofft, sich geringere Gelegenheit zu Geldausgaben finden wird. Allein auch hier fängt der Sohn wieder seinen luxuriösen Lebenswandel an, so daß sein Vater sich veranlaßt sieht, in dem dortigen Localblatte eine Erklärung folgenden Inhalts zu veröffentlichen:

„Da ich befürchten muß, von Neuem von den Gläubigern meines Sohnes in Anspruch genommen zu werden, so erkläre ich hiermit öffentlich, daß ich unter keiner Bedingung fernerhin die Schulden desselben bezahlen werde. Ich habe meinen Sohn durch Unterricht und Erziehung in den Stand gesetzt, sich selbst sein Brod zu verdienen; auch hat derselbe bei den Herren Müller und Comp. zu R. am Comtoir eine Stelle, die ihm jährlich 400 Thaler einbringt, von deren Ertrag er also anständig leben kann. Als Vater mehrerer anderer Kinder würde ich gegen diese gewissenlos handeln, wenn ich meinen ältesten Sohn unter diesen Umständen noch ferner unterstützen wollte. Ich warne daher einen Jeden davor, meinem Sohne etwa in der Hoffnung, daß ich für ihn bezahlen würde, Credit zu geben."

Ueber diese Annonce höchst erzürnt, schreibt der Sohn dem Vater, daß nach dieser ihm zugefügten Ehrenkränkung er sich nicht mehr als seinen Sohn betrachte, worauf sein Vater ihm antwortet, daß auch er seinerseits gern seine väterliche Gewalt über ihn, die ihm schweres Geld gekostet, aufgebe.

Nichtsdestoweniger hat dieser Vorfall auf den Sohn einen starken und unverkennbar günstigen Eindruck hervorgebracht. Er lebt von nun an eingezogen, bezahlt selbst die bisher contrahirten Schulden und giebt nicht mehr aus, als er hat. Allein unerwartet kündigen ihm die Herren Müller und Comp., bei welchen er bisher arbeitete, wegen Liquidation ihres Geschäftes seine Stelle auf und der junge Schmidt, der sich vergeblich bemüht, einen andern Platz zu finden, geräth nunmehr wirklich in Noth. Nach einiger Zeit ist er seinem Hauswirthe die Summe von 67 Thalern und zwar 30 Thaler für Wohnung, 15 Thaler für gelieferte Nahrungsmittel und endlich 22 Thaler zufolge baaren Vorschusses zur Bestreitung nothwendiger Lebensbedürfnisse schuldig geworden.

Wegen dieser Forderung klagt der Hauswirth, Feldmann, da der Sohn nicht bezahlen kann gegen den Vater mit der de in rem verso actio, indem er sich darauf stützt, der Vater sei dem Sohne Alimente zu reichen verbunden. Statt des Vaters habe er selbst dieß gethan und so sei seine Forderung entstanden; die 67 Thaler seien mithin offenbar in rem patris vertirt.

Hiergegen wendet der Vater ein:

1) Er habe sich gänzlich von seinem Sohne losgesagt und auf dessen ausdrücklichen Wunsch der väterlichen Gewalt sich begeben. Aus der väterlichen Gewalt folge die Alimentationspflicht, mit jener falle diese hinweg. Durch die Alimentation seines Sohnes sei daher keine ihm obliegende Pflicht erfüllt worden, also auch keine versio in rem vorhanden.

2) Angenommen aber auch, die väterliche Gewalt bestehe noch, so

sei er dennoch nicht verpflichtet, da er ausdrücklich öffentlich erklärt habe, daß er für seinen Sohn keinerlei Schulden bezahlen werde.

3) Keinesfalls endlich könne der Hauswirth mehr als 45 Thaler fordern, denn hinsichtlich der übrigen 22 Thaler stehe ihm die exceptio SC. Macedoniani entgegen, zumal, da er sich ja selbst in seiner Klage darauf stütze, daß der Sohn des Beklagten noch unter dessen väterlicher Gewalt stehe. —

Wie ist hier zu entscheiden?

Achtes Buch.

Das Erbrecht.

Erstes Capitel. Allgemeines.

§. 447.

CCCCXXXIX. Die Wittwe Stumpf hatte in ihrem Testamente als Universalerben den Sohn ihrer besten Freundin, jüdischer Confession, den Handlungscommis Levi eingesetzt. Da sich derselbe gerade auf einer Handelsreise in Amerika befand und seit einiger Zeit keine Nachricht von sich gegeben, so wurde, bis über seinen Aufenthalt und ob er noch am Leben, sowie über die Intestaterben, im Falle er verstorben wäre, die nöthigen Erkundigungen eingezogen sein würden, ein Curator der ruhenden Erbschaft bestellt.

Dieser tritt mit folgenden zwei Klagen auf:

1) Gegen den Lotteriecollecteur Wolf klagt er auf Auszahlung eines Gewinns von 550 Thlr., welcher auf ein von der Erblasserin gespieltes Loos gefallen war.

Der Beklagte läugnet, daß das Loos von der verstorbenen St. auch für die jetzt zur Ziehung gekommene 3. Classe erneuert worden sei. Er habe ihr zwar dasselbe zugeschickt, aber noch an demselben Tage, wo sein Brief abgegangen sei, habe er die Nachricht von ihrem Tode erhalten.

Dagegen producirt der Kläger einen Brief des Beklagten, von dem er zugiebt, daß er erst nach dem Tode der St. in ihrer Wohnung abgegeben worden, in welchem Wolf schreibt:

„Da in den nächsten Tagen der Termin zur Erneuerung der Loose für die 5. Klasse abläuft und ich wohl annehmen darf, daß Sie auch dießmal wie bisher bis zu Ende spielen werden, so sende ich Ihnen das betreffende Loos und werde, falls Sie mir dasselbe nicht umgehend zurücksenden, darin den stillschweigenden Auftrag zur Renovation erblicken."

Kläger habe nun auf den Empfang dieses Briefes keine Antwort von sich gegeben und damit sei der Antrag stillschweigend angenommen und für die hereditas jacens ein Recht daraus erworben worden.

2) Eine zweite Klage erhebt der Curator gegen die Erben des Dr. Grimm unter dem Anführen, die Beklagten seien mit der Erblasserin noch bei deren Lebzeiten in Unterhandlungen über den Verkauf ihres von Dr. Grimm geerbten Hauses getreten, auch sei es noch vor dem Tode der St. zum gerichtlichen Abschlusse des Kaufcontracts gekommen, jedoch sei die Uebergabe bis jetzt noch nicht erfolgt. Er bittet daher, die Be-

klagten zur Uebergabe des Hauses gegen Empfangnahme des ausbedungenen Kaufpreises für schuldig zu erklären.

Die Beklagten gestehen den Abschluß des Kaufs mit der Wittwe Stumpf zu, halten sich jedoch jetzt nicht mehr an denselben gebunden, weil in dem Testamente der Käuferin ein Jude zum Erben eingesetzt, auch jetzt bereis ermittelt sei, daß derselbe lebe und die Erbschaft antreten wolle. Sie verweisen dabei auf ein Statut der Stadt X. wonach Juden keines Grundbesitzes in X. fähig sein sollen.

Das Haus sei bereits um einen höhern Preis an Z. verkauft. —

Dagegen beruft sich der Curator auf

l. 62 D. de adq. r. dom. (41, 1):

Quaedam, quae non possunt sola *alienari*, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem et res, *cujus aliquis commercium non habet*. Nam etsi legari non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur.

Sind die beiden Klagen zulässig?

Kann der eingesetzte Erbe in keiner Weise Gebrauch von dem Hauskaufe der Erblasserin machen? —

[illegible]

§. 448.

CCCCXL. Der Kaufmann Schneider im B'schen setzte in seinem Testamente seine beiden Vettern Winkler und Spitz in Z. als Erben zu gleichen Theilen ein. Für den Fall, daß einer von diesen Beiden vor ihm oder vor Antritt der Erbschaft versterben würde, bestimmte er, daß alsdann der Erbtheil desselben an das Benedictiner-Kloster X. fallen solle.

Als mehrere Wochen nach dem Tode Schneider's die Nachricht von der im Testamente desselben enthaltenen Einsetzung W's in Z. anlangte, war W. bereits am Tage vorher gestorben.

Das Kloster X. beansprucht daher die ursprünglich dem W. zugedachte Hälfte des Nachlasses; es wird ihm jedoch von dem Miterben Spitz entgegengehalten, daß in Folge eines im B'schen geltenden Particulargesetzes auch die erbfähigen Klöster nur zu einem Drittel aus einem Testamente sollten erben können. Diese Bestimmung sei zwar durch ein neueres Gesetz wieder aufgehoben worden, aber dieß sei erst nach dem Tode des Erblassers geschehen.

Das Kloster giebt diese Behauptungen zu, hält sie aber für ihrem Anspruche keineswegs entgegenstehend.

Entscheidung.

CCCCXLI. In dem Testamente des Kaufmanns Städel zu Frankfurt war verordnet:

§. 1. „Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, „Kupferstichen und Kunstsachen, sammt dazu gehörigen Büchern soll „die Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft

„hiermit gestiftet werdenden Städel'schen Kunstinstitus sein. „Dieses Städel'sche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben „in meinen gesammten dereinstigen Nachlaß an beweglichem und unbe„weglichem Vermögen hiermit ein."

§. 2. Nach vorausgeschickter Erklärung, „daß dieses von mir „gestiftete Städel'sche Kunstinstitut der hiesigen Stadt zu einer wah„ren Zierde gereichen und zugleich deren Bürgerschaft nützlich werden „möge," heißt es weiter: „Zugleich aber verordne ich, daß Kinder „unbemittelter dahier verbürgerter Eltern ohne Unterschied des Geschlechts „und der Religion, welche sich den Künsten und Bauprofessionen wid„men wollen, zur Erlernung der Anfangsgründe des Zeichnens durch „geschickte Lehrer oder in dem dahier bereits bestehenden städtischen „Zeichnungsinstitut und — durch andre Meister in der historischen und „Landschaftsmalerei, im Kupferstechen in der Mathematik, ganz beson„ders aber in der Baukunst und denen in das Kunstfach einschlagen„den Wissenschaften unentgeltlich unterrichtet werden und die nöthige „Unterstützung drfür, auch wohl in der Fremde, um sich zu nützlichen „und brauchbaren Bürgern und Künstlern zu bilden, aus diesem mei„nem Kunstinstitute erhalten sollen."

§. 3. „Die Einrichtung des Kunstinstituts, also auch die An„stellung, Besoldung und Verabschiedung der Lehrer und des sonst er„forderlichen Stiftungspersonals, die Bestimmung des Locals, die „Verwaltung des Fonds, die Bestimmung, welche Subjecte aus „dem Institute Unterstützung genießen sollen, wie viel und auf wie „lange" —

„Alles dieses, sowie die ganze unumschränkte Verwaltung des „Instituts und was in irgend einer Hinsicht damit in Verbindung steht, „bleibt, ohne irgend eine obrigkeitliche Rücksprache oder Genehmigung „einholen zu dürfen, dem freien Ermessen der in §. 4 angeordneten „Stiftungsadministratoren lediglich überlassen."

§. 4 enthält die Ernennung des Verwaltungspersonals mit der Bestimmung, daß die Mitglieder desselben, sowie deren Nachfolger, zwar von dem Schöffen- und Appellationsgericht der Stadt Frankfurt auf diese seine Stiftungsurkunde (das Testament) in Eidespflicht zu nehmen seien, dagegen für ihre Verwaltung auf keinerlei Weise verantwortlich gemacht werden sollen. Bei dem Abgange eines Administrators sollen sich die Verwalter durch freie Wahl und bei getheilten Stimmen durch's Loos ergänzen: „Diese meine ernannten „Herren Administratoren sollen sammt oder sonders als die Repräsen„tanten des von mir zum Erben eingesetzten Kunstinstituts um die Ein„weisung in den Besitz meiner Verlassenschaft bei der Behörde nach„suchen und nachdem diese erfolgt sein wird, als ernannte Testaments„vollzieher die von mir gemachten Paticularvermächtnisse vorschrifts„mäßig aus der Verlassenschaftsmasse berichtigen."

Nach dem i. J. 1816 erfolgten Ableben des Testators baten die im Testamente ernannten Administratoren in Verbindung mit einer unbeding-

ten Erbschaftsantretungserklärung im Namen des Städel'schen Kunstinstituts als Erben um Einweisung in den Besitz des Nachlasses.

Es wurde derselbe von der Behörde abhängig gemacht von der Genehmigung des eingesetzten Kunstinstituts als persona moralis durch den Frankfurter Senat.

Auf desfallsigen Antrag beschloß der Letztre, „die von dem verstorbenen Städel — errichtete Stiftung förmlich anzunehmen" und es wurden darauf die im Testamente ernannten Administratoren in den Besitz eingewiesen.

Gegen dieselben als Besitzer der Erbschaft klagen nunmehr die Intestaterben des Testators Städel.

Von welchen Fragen hängt die Statthaftigkeit dieser Klage ab und wie sind sie zu beantworten?

§. 449.

CCCCXLII. Der Apotheker R. hatte seinen einzigen Sohn, Ernst R., in seinem Testamente gesetzmäßig enterbt und statt desselben einen entfernten Verwandten, den X., zum alleinigen Erben eingesetzt.

Nachdem R. am 6. November 1849 gestorben war, erfolgte am 5. März 1850 von Seiten des X. die Erklärung, daß er bei dem Vorhandensein directer Nachkommen des Verstorbenen dessen Erbschaft nicht annehmen könne.

Inzwischen war am 30. Januar 1850 auch der Sohn Ernst R. verstorben. In seinem hinterlassenen Testamente hatte er den einen seiner beiden Söhne, Adolph R. wegen von demselben erlittener körperlicher Mißhandlungen gänzlich enterbt.

Der andere Sohn, der im Testamente zum alleinigen Erben eingesetzt ist, begehrt jetzt auch die gesammte Erbschaft seines Großvaters für sich allein.

Ist er dabei in seinem Rechte?

Oder kann auch Adolph R. die eine Hälfte des Nachlasses verlangen?

§. 450.

CCCCXLIII. Dr. Berger unternahm im Jahre 1849 eine Reise nach Ostindien. Während seiner Abwesenheit drang einer seiner Gläubiger, der Kaufmann Rohr, sehr auf Bezahlung einer Schuld von 800 Thalern. Er wandte sich deshalb besonders an die Ehefrau des Schuldners Amalie B.

Diese verstand sich endlich dazu, dem Gläubiger R. am 4. Januar 1850 eine Hypothek an der ihr gehörigen Gartenbesitzung zu bestellen.

Einige Monate später verkaufte und tradirte sie die Besitzung an Hofrath Schmidt und dieser verlangt die Löschung der dem R. bestellten Hypothek, weil in der Bestellung derselben eine als solche ungültige Intercession gelegen habe.

Diesem Verlangen wird jedoch von Seiten Rohr's widersprochen, indem dieser sich dabei namentlich auf Folgendes stützt:

Nach eingegangenen Briefen war Dr. Berger bereits am 23. December 1849 verstorben. Das von ihm in seiner Heimath gerichtlich deponirte Testament, welches jetzt eröffnet worden war, enthielt die Einsetzung seiner genannten Ehefrau zur alleinigen Erbin und dieselbe hatte auch die Erbschaft am 3. Juni 1851 angetreten. Hieraus folgert Rohr, daß die am 4. Januar 1850 geschehene Verpfändung nicht eine Verpfändung für eine fremde, sondern für eine eigne Schuld der Verpfänderin gewesen sei. —

Vergleiche:

l. 21 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5) Paulus:

Qui negotia hereditaria gerit, quodam modo *sibi hereditatem*, *seque ei obligat*, ideoque *nihil refert*, *an etiam pupillus heres existat*, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit.

l. 37. pr. eod. Paulus:

Litis contestate tempore quaeri solet, an pupillus, cujus sine tutoris auctotate negotia gesta sunt, *locupletior sit ex ea re factus*, cujus patitur actionem.

l. 25 D. de solutionibus (46, 3) Pomponius:

Ex parte heres institutus, si decem, quae defunctus promiserat, tota solvit, pro parte quidem, qua heres est, liberabitur; pro parte autem reliqua ea condicet. Sed si antequam condicat, ei accreverit reliqua pars hereditatis, etiam pro ea parte erit obligatus et ideo condicenti indebitum *doli mali exceptionem — obstare existimo.*

l. 27 §. ult. D. de pactis (2, 14) Paulus:

Servus heredi post adituro nominatim pacisci non potest, *quia nondum is dominus sit; sed si in rem pactum conventum factum sit*, *heredi acquiri potest.* —

l. 16 D. de stipul. servorum (45, 3) Paulus:

Servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipilatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus ejus non fuit. —

CCCCXLIV. Der Herr von Z. errichtete ein Testament, worin er, da er selbst kinderlos war, als „Erben" für seinen Nachlaß, damit dieser an die 3 Zweige seiner Familie komme, seine zwei Brüder A. und F. und die „sämmtlichen Kinder" des 3. Bruders Ernst v. Z. einsetzte und zwar letztre auf die Art, daß sie ein Kapital von 20000 Thlrn. (ein Dritttheil des gesammten Nachlasses) erhalten und dieses nicht an ihren Vater, welcher kurz vorher sein Vermögen seinen noch unmündigen Kindern abgetreten hatte, damit ihnen die Substanz desselben durch Vormünder erhalten werde, sondern an diese ihnen gesetzten Vormünder ausgezahlt werden solle. Die Kinder waren dem Testator weder persönlich, noch dem Namen, noch der Anzahl nach bekannt, weßhalb er sie in folgender Weise zusammengefaßt hatte:

„Ich setze meines Bruders, des Herrn Ernst v. Z. sämmtliche un„mündige Kinder zu meinen wahren wesentlichen Erben ein u. s. w."

Als Beweggrund hatte er angeführt, „weil ihm bekannt sei, daß diese Kinder von ihrem Vater bei dessen Vermögensumständen nicht wohl standesgemäß erzogen werden könnten."

Ein halbes Jahr nach Errichtung dieses Testaments starb der Testa= und ein ganzes Jahr nach dessen Tod wurde dem Bruder Ernst v. Z. noch eine Tochter Amalie v. Z. geboren.

Hat diese letzgenannte Tochter Anspruch auf die Erbschaft aus v. Z's Testamente?

Würde es einen Unterschied machen, wenn dem E. v. Z. schon 1/4 Jahr nach des Testators Tode die Tochter geboren worden wäre? —

Zweites Capitel. Delation des Erbrechts.

§. 454—456.

CCCCLXV. Der Schuhmacher Franz kehrte, nachdem er im J. 1800 nach Frankreich übergesiedelt war und fünfundzwanzig Jahre dort gewohnt, auch sich dort mit einer Französin verheirathet hatte, im Jahre 1826 in seine Heimath im Königreich W. zurück.

Als er 2 Jahre nach seiner Rückkehr ohne Testament starb, wurde seiner Ehefrau und seinen drei in Frankreich geborenen Kindern von Seiten der noch lebenden Geschwister F's jedes Recht auf den Nachlaß desselben bestritten mit der Behauptung, die von F. in Frankreich geschlossene Ehe sei nichtig gewesen. —

Es war nämlich durch eine Königlich W'sche Verordnung vom 4. September 1808 jede Trauung eines W'schen Unterthanen, die von dieser Zeit an ohne vorher ausgewirkte allerhöchste Erlaubniß außerhalb des Königreichs W. geschehe, für ungültig und die darauf sich gründende Ehe für nichtig erklärt worden. Vor jener Verordnung hatte die Verehelichung eines W'schen Unterthanen außer Landes nur den Verlust des Unterthanenrechts zur Folge gehabt. — Die in Frankreich im J. 1809 von F. geschlossene Ehe war aber zwar mit Beobachtung des dort Erforderlichen geschlossen worden, auch die kirchliche Trauung hinzugetreten; allein die allerhöchste Erlaubniß war von F. nicht eingeholt worden.

Daß die Ehe deshalb für ungültig und wirkungslos angesehen werden müsse, halten die Geschwister F's für um so zweifelloser, da Franz im Juni 1808 einen Besuch in seiner Heimath gemacht habe, um sein Vermögen und einige nothwendige Urkunden abzuholen.

Es sei nun zwar damals die oben erwähnte Verordnung noch nicht erschienen, aber doch schon viel von dem Erscheinen derselben die Rede gewesen. Jedenfalls aber müsse F. damals bekannt geworden sein mit einem während seiner Abwesenheit erlassenen Gesetze, wodurch die Auswanderung W'scher Unterthanen, bevor sie der Conscriptionspflicht Genüge

gethan, verboten worden war. Mit diesem Gesetze in seiner Rücksicht auf die Conscriptionspflicht habe auch die spätere Verordnung vom 4. Sept. 1808 zusammengehangen.

Keinesfalls könne die eine Tochter F's auf den Nachlaß Anspruch machen, da sie schon im J. 1818 von ihrem Pathen Müller an Kindesstatt als Pflegetochter angenommen worden sei.

Ein Successionsrecht der Wittwe, welches sie als arme Wittwe beanspruche, könne hier nicht Platz greifen, weil die Wittwe zwar nicht ein dem vierten Theile des 8500 Thaler betragenden Nachlasses gleichkommendes, aber doch für sie hinreichendes Vermögen von 1800 Thalern besitze. Auch habe sie überdies soeben erst noch 1000 Thlr. von einem Verwandten geerbt.

Außer der Wittwe und F's drei leiblichen Kindern wird auch von einem Neffen F's, den derselbe zu sich hatte nach Frankreich kommen lassen und den er adoptirt hatte, der sich aber seitdem in Sachsen als Schuhmacher etablirt hatte, ein Successionsrecht auf ein Kindestheil geltend gemacht.

Wie ist über die verschiedenen in Frage kommenden Ansprüche zu entscheiden?

CCCCXLVI. Christian Hornschuh im Kurhessischen ging am 10. December 1825 mit Ernestine M. vor dem Amte U. gerichtlich bestätigte Ehepacten ein, in welchen H's Vater, Johann H., seine Einwilligung zu der Heirath unter der Bedingung ertheilte, daß die Brautleute nicht an seinem Hause Theil haben oder solches betreten sollten. Acht Tage nach Eingehung dieser Ehepacten, nachdem die erste Proclamation von der Kanzel bereits geschehen war, kam der Bräutigam, Christian H., durch einen Unglücksfall um's Leben. Vier Monate nach dem Tode desselben kam die Braut mit einem Knaben Christian H. nieder.

Als darauf im Jahre 1839 des Bräutigams Vater, Johann H., verstarb, klagte der Vormund des erwähnten Brautkindes gegen den zweiten Sohn Johann H's, Heinrich H., welcher sich in den Besitz der väterlichen Erbschaft gesetzt hatte, auf Theilung des seinem Curanden, als Enkel des Erblassers, zur Hälfte gebührenden großväterlichen Nachlasses.

Der Beklagte weigert sich der Herausgabe der verlangten Hälfte, indem er gegen die Behauptung des Klägers, durch die Praxis sei den Brautkindern ein Successionsrecht verliehen, eine Entscheidung des OAG. zu Cassel anführt, wodurch in einem ähnlichen Falle eine Klage, welche auf dieses angebliche Recht der Brautkinder gestützt war, abgewiesen worden.

Es hatte nämlich im Mai 1839 der im J. 1806 geborene Bäcker S. gegen den Pfarrer S. geklagt unter dem Anführen: Nach einem Bescheide vom 4. Mai 1808 sei der Bruder des Beklagten, der Advocat S. in einem Rechtsstreite gegen seine, Klägers, Mutter schuldig erkannt worden, die letztere binnen einem Vierteljahre zu heirathen. Vor dem Ablaufe dieser Zeit sei seine Mutter gestorben. Als Brautkind habe er

die Rechte eines ehelichen Kindes und verlange daher die Herausgabe der von seinem im Mai 1838 ohne Testament verstorbenen Vater nachgelassenen Erbschaft, welche Beklagter ohne Befugniß in Besitz genommen habe.

Diese Klage war in allen drei Instanzen abgewiesen worden.

Steht der letztere Fall dem ersten gleich?

CCCCXLVII. Der Oeconom B. heirathetete nach dem Tode seiner Ehefrau M. die X., mit welcher er noch bei Lebzeiten seiner Frau im verbotenen Umgange gelebt und im Ehebruche ein Kind, Y., erzeugt hatte. Nachdem sodann auch die X. verstorben, heirathete B. die Wittwe K., welche bereits 4 Kinder hatte.

Bei dem Tode des B. sind vorhanden 2 Kinder von der ersten Ehefrau M., ein eheliches und ein außereheliches Kind von der X., 3 Kinder von der K. und 4 Kinder, welche diese schon vor ihrer Verheirathung mit B. hatte.

Welche von diesen Kindern haben Erbansprüche auf B's Nachlaß?

§. 457—460.

CCCCXLVIII. Christoph Schlauch hatte in seinem Testamente seinen Halbbruder von mütterlicher Seite, Eduard Horn, zum alleinigen Erben seines Vermögens eingesetzt, unter der Bedingung, wenn derselbe innerhalb dreier Jahre nach seinem, des Testators, Tode sich verehelicht haben würde. Für den Fall, daß derselbe nach Ablauf dieser Zeit noch unverheirathet sein würde, bestimmte er, daß alsdann die Intestaterbfolge Platz greifen solle. —

Bei dem im Jahre 1850 erfolgten Tode des S. waren außer jenem Halbbruder auch der Sohn einer verstorbenen Schwester, Philipp Meier, und ein rechter Bruder, Bernhard Schlauch, welcher zwei Söhne hatte, am Leben.

Im Januar 1851 verstarb Philipp Meier und im November des Jahres 1851 der Bruder Bernhard S., mit Hinterlassung der zwei Söhne.

Der im Testamente eingesetzte Halbbruder Eduard Horn fragt jetzt bei uns an, ob er, um die Erbschaft zu bekommen, noch nöthig habe, sich zu verheirathen oder ob er nicht nunmehr auf jeden Fall den Nachlaß erhalten müsse?

CCCCXLIX. Die Frau des Secretärs Hase stirbt ohne Testament mit Hinterlassung

1) zweier verheiratheten Töchter aus ihrer ersten Ehe mit dem Kaufmann Roth;

2) einer an den Maler Herz verheiratheten Tochter aus der letzten Ehe;

3) dreier Enkel von einer verstorbenen Tochter der verehelicht gewe-

senen Schenkel und zweier noch auf der Universität befindlicher Söhne, sämmtlich aus der letzten Ehe.

Den Gesammtnachlaß der Verstorbenen, welcher unter ihre Intestaterben zu vertheilen steht, ist auf den Betrag von 5040 Thalern festgestellt worden.

Wie ist dieser Nachlaß zu vertheilen und inwieweit concurrirt der Wittwer Hase mit seinen Kindern?

CCCCL. Bei dem Tode des Advocaten Klein machen auf dessen Nachlaß Anspruch:

1) seine leiblichen beiden Eltern;

2) der Großvater des Verstorbenen, welchem derselbe von seinem leiblichen Vater in Adoption gegeben war, worüber ein gerichtliches Protokoll aufgenommen worden;

3) die Tochter eines verstorbenen Bruders, Karoline Klein, und

4) drei Söhne eines vor dem Erblasser verstorbenen Bruders desselben, Adolph Klein's;

5) ein von dem Letztern an Kindesstatt angenommener Findling, Eduard Klein.

Unter diesen Erbschaftsprätendenten erhebt sich Streit, indem Karoline Klein und die drei Söhne Adolph Klein's den übrigen unter 1), 2) und 5) Genannten jedes Erbrecht absprechen und zwar den leiblichen Eltern, weil der Verstorbene durch die Adoption aus dem Kindesverhältnisse zu ihnen herausgetreten, dem Großvater aber, weil dessen Recht als Adoptivvater durch die Einrichtung eines selbstständigen Haushalts von Seiten des Adoptirten wieder aufgehoben worden sei.

Umgekehrt will der Großvater nicht nur kein Erbrecht der leiblichen Eltern, sondern auch keines der unter 3), 4) und 5) Genannten anerkennen, letzteres nicht, weil Geschwisterkinder nur mit Geschwistern, nicht auch mit Ascendenten zugleich erben dürften. Keinesfalls könne der eine der drei leiblichen Söhne Adolph Klein's, Julius Klein, mit in Frage kommen, weil derselbe im Testamente seines Vaters rechtmäßig enterbt worden, mithin kein Repräsentationsrecht geltend machen könne; ebensowenig könne Karoline Klein jetzt schon mit erben, weil nämlich ihr Vater erst nach dem Erblasser verstorben sei.

Entscheidung.

CCCCLI. Bei dem Tode des Krämers Wilhelm Jacobi sind die Nächstberechtigten zu seiner Erbschaft

1) sein Vater Karl Jacobi,

2) Auguste Jacobi. Diese ist die Tochter von Bernhard Jacobi, einem Brudersohn, und Rosine Wenzel, einer Schwestertochter des Erblassers.

3) Joseph Wenzel, der Enkel einer Schwester des Verstorbenen und Cousin von Auguste Jacobi.

Der Vater, Karl Jacobi, stirbt noch, bevor er die Erbschaft angetreten hat.

Von dem Nachlasse verlangt Auguste Jacobi zwei Dritttheile; der Miterbe Wenzel will ihr nur die Hälfte zugestehen.

Wer hat Recht?

CCCCLII. Der Controleur X. stirbt kinderlos, ohne Hinterlassung eines Testamentes und zwei Tage nach ihm, noch ehe sie sich über den Erbschaftsantritt erklärt hat, auch seine Mutter P. Es melden sich nun zur Erbschaft des X.

1) die beiden Eltern seines verstorbenen Vaters U. W.,
2) der Vater seiner Mutter, Z.,
3) R., welcher Geschwisterkind von X. ist.

X. hatte von seinem Vater 6000 Thaler geerbt; von seiner Großmutter waren ihm 2000 Thlr. vermacht worden; 1500 Thlr. hat er sich selbst erworben.

Kommt Etwas darauf an, woher sein Vermögen stammt? Die Eltern seines Vaters beanspruchen das väterliche Vermögen ausschließlich für sich.

Wer erbt und wieviel bekommt Jeder?

CCCCLIII. Der Fleischer Neuman hatte vier Söhne, Adolph, Bernhard, Karl und Eduard. Der Sohn Karl hatte einen Sohn, Friedrich, und der Sohn Adolph eine Tochter, Namens Sophie. Diese heirathet ihren Cousin Friedrich und Beide hinterlassen nach ihrem Tode einen Sohn, Theodor.

Bei dem Tode des Fleischers N. war von seinen Söhnen nur der jüngste, Eduard, noch am Leben, der zweite, Bernhard, war mit Hinterlassung zweier Töchter, Amalie und Marie, verstorben, von den beiden andern verstorbenen Söhnen aber war Theodor N. der einzige Abkömmling.

Wer erbt und wie ist die Erbschaft zu vertheilen?

CCCCLIV. Der Tischler Wedel hatte zwei Söhne, Conrad und Martin, von denen der Letztere einen Sohn, Namens Heinrich, hatte. Der andere Sohn, Conrad, verheirathete sich mit Ottilie Baumann, der Tochter des Gerbers Baumann. Eine Tochter des letzterwähnten Ehepaars, Rosamunde Wedel, heirathete ihren Cousin Heinrich Wedel und beide verstarben mit Hinterlassung eines Sohnes, Georg Wedel.

Auch dieser starb bald darauf kinderlos und unverehelicht, ohne Testament.

Auf seinen 4000 Thlr. betragenden Nachlaß machen seine beiden Urgroßväter, der Tischler Wedel und der Gerber Baumann, Anspruch, da die mütterlichen und väterlichen Großeltern des Erblassers bereits vor ihm verstorben waren.

Auf welchen Erbtheil hat Wedel Anspruch und wieviel bekommt Baumann?

CCCCLV. Der Privatgelehrte M. starb ohne Testament und es meldeten sich zur Erbschaft desselben

1) ein Halbbruder vom Vater her, Christian M.,

2) ein Halbbruder von mütterlicher Seite, Julius Reichenbach,

3) zwei Söhne einer verstorbenen Halbschwester von mütterlicher Seite, Wilhelm und Franz Schröter.

Der verstorbene M. hatte von seinem Vater ein Haus im Werthe von 6000 Thalern geerbt, von seiner Mutter die Summe von 3000 Thalern. Durch eigene Thätigkeit hatte er sich außerdem noch 2400 Thaler erworben.

Das erwähnte Haus nimmt nun der Halbbruder von väterlicher Seite ausschließlich für sich in Anspruch.

Ist er dazu befugt?

Wie ist überhaupt der Nachlaß zu vertheilen?

CCCCLVI. Bei dem Tode des 96jährigen Einwohners Lebrecht Stumpf in X. melden sich zu seinem Nachlasse

1) fünf Enkel von dem Halbbruder des Verstorbenen, Conrad Stumpf, F., G., H., J. und L. Der letzterwähnte Enkel ist ein uneheliches Kind der Tochter Conrad Stumpf's,

2) drei Urenkel eines vollbürtigen Bruders, Bernhard Stumpf's, K., M., N.

Wer succedirt dem Verstorbenen und hat insbesondere auch der uneheliche L. ein Erbrecht?

Wie sind die Erbtheile zu bestimmen?

CCCCLVII. A. hatte mit seiner ersten Ehefrau B. 5 Kinder erzeugt und nach deren Tode mit der C. 3 Kinder. A. stirbt ohne Testament und hinterläßt seinen 8 Kindern ein Vermögen von 72000 Thalern. Seine noch lebende Ehefrau C. ist ganz unbemittelt, indem sie weder eigenes Vermögen, noch eine dos hat. Sie verlangt daher als „arme Wittwe" nach Nov. 117. c. 5 an der Erbschaft ihres Mannes den ihr gebührenden Antheil. Da die Kinder erster Ehe mit den ihrigen nicht einig sind über die Größe dieses Antheils, so entsteht darüber ein Proceß, während dessen der C. von einer entfernten Verwandten eine Erbschaft von 20000 Thalern zufällt, welche sie auch antritt.

Es fragt sich nun:

1) Kann die C. als arme Wittwe noch participiren?

2) Vorausgesetzt, daß sie Ansprüche hat, wieviel wird sie erlangen können?

3) Welche Rechte wird sie an der ihr zukommenden Summe haben?

CCCCLVIII. X. starb am 1. Januar 1833. Sein Enkel M., der in Amerika wohnt, woselbst er ein eigenes Geschäft etablirt hatte, heirathete am 7. Januar 1833 und starb wenige Wochen nachher, ohne Etwas von dem Tode seines Großvaters gehört zu haben. Seine Ehefrau gebar am 9. September 1833 ein Kind, den O.

Es leben noch von den Descendenten des X. der Urenkel N., die Enkel H., J., K. und die Urenkel O., P. Das Vermögen des Erblassers besteht aus 60000 Thalern. Davon hat X. 36000 selbst erworben, 20000 Thaler waren die dos der ersten Ehefrau Y. und 4000 Thaler sind ein Legat von seiner zweiten Ehefrau Z.

Es fragt sich:

1) Wer erbt?

2) Wie wird die Hinterlassenschaft getheilt?

CCCCLIX. Der Oberamtmann H. hinterließ bei seinem Tode zwei eheliche Kinder, Heinrich und Pauline, und einen unehelichen Sohn, August. Dieser starb kinderlos und es fand sich ein ansehnlicher Nachlaß vor. Da er weder ein Testament gemacht, noch sonst letztwillige Verfügungen getroffen hatte, so erhoben auf denselben die Verwandten des Verstorbenen Erbansprüche und zwar meldeten sich

1) zwei Brüder der Mutter des Verstorbenen, Karl und Friedrich S.,

2) die beiden ehelichen Kinder H's, Heinrich und Pauline, verehelichte v. T.

Die letztern Beiden glauben, als nähere Verwandte den Vorzug vor den ersteren Beiden beanspruchen zu dürfen.

§. 464—469.

CCCCLX. Der Ackermann Johann Holzapfel hatte sich nach dem Tode seines jüngern Bruders Claus Holzapfel in Besitz von dessen Nachlaß gesetzt auf den Grund einer von Letzterm wenige Tage vor seinem Tode getroffenen und auf seine Bitten von dem Amtsschreiber S. niedergeschriebenen letztwilligen Verfügung vom 4. Februar 1837, welche, wie folgt, lautete:

„Geschehen H. am 4. Febr. 1837."

„Auf Beschickung begaben wir, die mit unterschriebenen sieben dispo„sitionsfähigen Zeugen, sämmtlich von hier aus, uns in die Wohnung „des hiesigen Ackermanns Johann Holzapfel, woselbst wir dessen jün„gern, über 30 Jahre alten, noch unverheiratheten, uns persönlich be„kannten Bruder, Claus Holzapfel, zwar krank im Bette liegend, jedoch „bei vollem Bewußtsein antrafen, wie die mit ihm angeknüpften Unter„redungen zur Genüge ergaben. Derselbe eröffnete nun zunächst, daß „er gesonnen sei, eine letztwillige Verfügung zu treffen, und gab diese „in Folgendem zu vernehmen:"

„„Da ich, der am Schlusse dieses Aktes unterschriebene Claus Holz„„apfel, nicht weiß, wie bald die Stunde herannahen wird, von dem

„„Erdenleben abgerufen zu werden, so fühle ich mich aus mehrfachen
„„Gründen bewogen, zeitig zu bestimmen, wie es nach meinem Ab-
„„leben mit meinem Vermögen gehalten werden soll. Ich setze daher
„„vor allen Dingen, beim Mangel an Eltern oder sonstigen Notherben,
„„meinen Bruder, den Ackermann Johann Holzapfel dahier, mit Rück-
„„sicht auf die mir bisher geleistete Aufwartung und Verpflegung wäh-
„„rend meiner langwierigen Krankheit, zum Universalerben hiermit
„„namentlich und ausdrücklich ein und will, daß ihm somit mein ge-
„„sammter Nachlaß an Im- und Mobilien ungeschmälert nach meinem
„„Ableben zu Theil werden soll.""

„Hiermit schloß der Testator mit dem Bemerken, daß er zu dieser
„letztwilligen Verfügung weder von irgend Jemand überredet, noch ge-
„zwungen worden sei, und unterschrieb dieselbe nach erfolgter deutlicher
„Vorlesung und überalliger Genehmigung eigenhändig nebst Beidrückung
„seines Siegels, woneben auch wir, die Zeugen, zu mehrer Bekräfti-
„gung uns eigenhändig unterschrieben und unser Petschaft beigefügt
„haben.

„Geschehen wie oben in einem ununterbrochenen Act. (L. S.)

„Claus Holzapfel. (L. S.)



„Jacob Schimmel als Zeuge. (L. S.)
„Johann Schuster als Zeuge. (L. S.)
„Johannes Stiefel als Zeuge. (L. S.)
„Andreas Lange als Zeuge. (L. S.)
„Andreas Fern als Zeuge. (L. S.)
„Heinrich Fuchs als Zeuge. (L. S.)
„Johann Peter Fuchs als Zeuge. (L. S.)"

Im Widerspruch mit diesem Testamente wird jedoch sowohl von des Verstorbenen Schwester, Karoline Holzapfel, als auch von dem Ehemanne einer zweiten verstorbenen Schwester, Christian Seifarth, von Letzterem kraft väterlicher Gewalt über die mit derselben erzeugten Kinder, gegen Johann Holzapfel die Erbschaftsklage auf zwei Drittel des Nachlasses angestellt. Die erwähnte letztwillige Verfügung wird von den Klägern als ungültig angefochten aus nachstehenden Gründen:

1) Der Beklagte sei bei der Testamentserrichtung zugegen gewesen und habe, als der mit dem Niederschreiben beauftragte Amtsschreiber S. den Testator über seine beabsichtigte letztwillige Verfügung gefragt, statt des Befragten geantwortet: „Ich kriege Alles," woraus zu entnehmen sei, daß der Letztere, um Ruhe und Frieden in seinen letzten Lebensstunden zu haben, nicht umhin gekonnt, den habgierigen Wunsch des Verklagten, zum alleinigen Erben eingesetzt zu werden, zu erfüllen.

2) Der Beklagte sei während des ganzen Actes der Testamentserrichtung in der Stube geblieben, habe solche nur auf Augenblicke verlassen und die Testamentszeugen, wenigstens während der Vorbereitungen und vor dem Unterzeichnen mit Branntwein regalirt und auf diese Weise, sowie dadurch, daß er bald in das Krankenzimmer gekommen, bald dasselbe wieder verlassen, dem freien Willen des Testators harten Zwang angethan,

die Einheit des Actes störend unterbrochen, die Aufmerksamkeit der testes rogati von dem Sterbebette nach der Branntweinflasche gelockt und so dem Act die nöthige Feierlichkeit entzogen.

3) Der eine Testamentszeuge, Stiefel, leide an Harthörigkeit, so daß er den etwas schwach redenden Testator wohl nicht ganz deutlich werde verstanden haben.

4) Der Act der Testamentserrichtung habe nicht so Statt gefunden, wie die darüber aufgenommene Urkunde besage. Es sei nämlich a) der Errichtung und Niederschreibung des Testaments keineswegs eine in Gegenwart aller 7 Zeugen mit dem Testator angeknüpfte Unterredung vorausgegangen zu dem Zwecke, um sich zu überzeugen, daß derselbe noch bei vollem Verstande sei.

b) Die Zeugen seien nicht von dem Testator selbst in dessen Wohnung berufen und mit dem Zwecke ihrer Berufung bekannt gemacht worden.

c) Insbesondere sei der Zeuge Heinrich Fuchs erst hinzugekommen, als das Testament bereits fertig niedergeschrieben gewesen und es sei ihm nur nachträglich noch der letzte Wille des Testators erklärt worden.

Der Beklagte bestreitet das in der Klage angeführte Thatsächliche nicht, hält es jedoch für irrelevant, insbesondere die Ausstellungen hinsichtlich zweier Zeugen betreffend bemerkt er, da es sich hier um das Testament eines Landmannes handle, so würden auch schon die übrigen fünf Zeugen genügen. Eventuell producirt er noch ein früheres Testament vom 30. Dec. 1836, welches der Testator zerrissen, Beklagter aber wieder zusammengeflickt hatte und worin der Letztere gleichfalls zum Universalerben eingesetzt war.

Worauf ist zu erkennen?

CCCCLXI. Nachdem Johann Fehlinger und seine Ehefrau zu Lützendorf, im Amte Weilburg, kinderlos verstorben waren, fand sich unter den Depositen des genannten Amts ein vom 29. November 1817 datirter Aufsatz vor, worin dieselben die Wilhelmine Fabricius zur Erbin eingesetzt hatten. Die darunter befindliche Unterschrift dieser Eheleute ist von dem damaligen Landoberschuldheißen, Landrath U. zu W., beglaubigt und weiter darunter steht:

Praevia oblatione, praelectione et ratihabitione wird gegenwärtige Disposition hiermit amtlich bestätigt.

Herzogl. Nassauisches Amt Weilburg.
Pagenstecher.

Das Testament wurde den Verwandten eröffnet und, da kein Widerspruch vorgebracht wurde, die eingesetzte Erbin in den Besitz des Nachlasses immittirt.

Kurze Zeit darauf klagte der Schwestersohn des Joh. Fehlinger, Zimmermann, gegen die Fabricius auf Herausgabe des Nachlasses seines Oheims, indem er sich auf sein Intestaterbrecht stützte. Gegen das Testament bemerkte er, dasselbe sei nichtig, weil es von Fehlinger nicht persönlich dem Amte überreicht worden sei und, auch abgesehen davon, der

gesetzlich vorgeschriebenen Formen entbehre, weil es nicht verschlossen übergeben und kein förmliches Protokoll über die Präsentation aufgenommen worden sei.

Die Beklagte behauptete, daß das Testament von dem Vater persönlich überreicht worden sei — überdieß berief sie sich darauf, daß Kläger das Testament bei dessen Publication anerkannt habe, weßhalb er jetzt mit der Anfechtung desselben nicht mehr gehört werden dürfe.

Wie ist die Beweislast zu bestimmen?

CCCCLXII. Das Testament der Ehefrau des Pfarrers Lange lautet, wie folgt:

„Mit den Kindern meiner ersten Ehe, Friedrich von Kranz und Charlotte von Richter geb. v. K., habe ich die Uebereinkunft getroffen, „daß dieselben gegen Verzichtleistung meiner auf die Rechte an der „Verlassenschaft meiner Mutter, ihren Ansprüchen an meine Verlassenschaft entsagen und meine testamentarischen Verfügungen anerkennen „wollen. Ich füge die darüber eingegangenen und gerichtlich bestätigten Erbvergleiche, sowie die auch noch später wiederholt von den beiden jüngsten meiner Kinder ausgestellten Reverse hier an. — —

„Da ich nun nicht gehindert bin, über mein Vermögen ganz nach meinem Gefallen letztwillig zu verfügen, so bekenne und erkläre ich hierdurch:

„Mein zweiter Ehemann, der Pfarrer Friedrich Karl Lange dahier, „soll mein alleiniger und Universalerbe sein. Derselbe soll das nach „meinem Tode vorhandene sämmtliche Vermögen, welches hauptsächlich „in Kapitalien und Mobilien besteht, und welches ich bisher im Besitz „und in meiner eignen Administration gehabt habe, erhalten und demnächst in die mir zustehenden Vermögensrechte eintreten.

„Zu einer Versiegelung meines Nachlasses von Amtswegen ist nunmehr kein Anlaß vorhanden, auf jeden Fall ist mein Verlangen, daß „dieselbe unterbleibe.

„Dieses ist mein freiwilliger, wohlbedachter letzter Wille und ich „habe zu dessen Bewahrheitung die unterschriebenen Zeugen heute zu „ihrer Unterschrift zu mir ersucht.

„Gräfenhain, am 6. Mai 1824.

„(L. S.) Charlotte Lange, geb. v. Hinze.

„Auscultant Wilhelm Graf unterzeichne das mir in Gegenwart „der Mitzeugen vorgelegte und unterschriebene Testament der Frau „Pfarrer Lange. (L. S.)

„Als ersuchter Zeuge habe ich das mir vorgelegte Testament der „Frau Pfarrer Lange und resp. Schwägerin in Gegenwart der übrigen Zeugen unterschrieben.

„(L. S.) Jacob Lange, Pfarrer.

„Friedrich Hermann Fuhrmann, Pfarrer zu Günthersleben, als erbetener Zeuge. (L. S.)

„Johannes Bauer. (L. S.) Christian Bauer. (L. S.)

„Adam Wilh. Bauer. (L. S.) Joh. Günther. (L. S.)“

Nach dem Tode der L. trat ihr Sohn aus erster Ehe, Friedrich v. Cranz, gegen seinen Stiefvater mit einer auf den dritten Theil der mütterlichen Verlassenschaft gerichteten Erbschaftsklage auf.

Der Beklagte beruft sich auf das Testament seiner verstorbenen Ehefrau und reicht zugleich mit demselben ein gerichtliches Protocoll ein, worin sich die Erblasserin auf das von ihr errichtete, in dem Gewahrsame ihres Ehegatten befindliche Testament bezieht, darüber bemerkt, daß sie ihren Ehemann zum Universalerben eingesetzt habe und zugleich die Obsignation ihres dereinstigen Nachlasses untersagt. Außerdem überreichte er auch die über den Erbverzicht des Klägers aufgenommene Urkunde.

Der Kläger bestreitet die Gültigkeit sowohl des letzteren, als des Testaments. Als specielle Formmängel und Nichtigkeitsgründe macht der Kläger geltend:

1) daß das Testament von einem der unterschriebenen Zeugen geschrieben;

2) daß darin sein, des Klägers, Name Cranz gegen allen Gebrauch und die Gewohnheit der Erblasserin Kranz geschrieben sei, woraus hervorgehe, daß Letztere das Testament nicht gelesen habe;

3) hinsichtlich der Testamentszeugen wird bestritten, resp. bezweifelt, a) daß dieselben berufen gewesen; b) daß dieselben in conspectu der Testatrix sich befunden hätten; c) daß diese vor den Zeugen das Testament als das ihrige anerkannt habe; d) daß derselben das Testament im Beisein der Zeugen vorgelesen worden sei; e) daß 7 Zeugen im Beisein der Erblasserin und in Abwesenheit des eingesetzten Erben unterschrieben und mit ihren eigenen Petschaften untersiegelt hätten; f) daß die Zeugen fähige Zeugen gewesen; in Bezug hierauf wird bemerkt, daß der eine Zeuge ein Schwager, ein anderer ein Vetter des eingesetzten Erben, ein dritter als Rector ein Untergebener des Letztern sei.

Der Beklagte will es nicht als Privattestament, sondern als test. apud acta conditum betrachtet wissen.

Ist auf Beweis zu erkennen — und wie würde derselbe aufzuerlegen sein? —

CCCCLXIII. Im Jahre 1820 erhoben Anna Sophie Schwarz und Johann Georg Feder gegen Eva Rosine Ludwig und Johanne Christiane Weise eine Klage, worin angeführt war, daß die Ludwig die bei ihr wohnende Schwester Anna Regina verwittwete Hartmann zur Errichtung eines für sie (die Ludwig) vortheilhaften, vom Advocaten M. gefertigten Testaments durch Ueberredungen und Drohungen vermocht habe, auch nachher in der Mitte des Mai 1820 von selbiger ein noch vortheilhafteres Testament vor dem Amte zu K. habe wollen errichten lassen, welches jedoch nicht zu Stande gekommen sei. Ebensowenig sei der von der Hartmann am 20. Juni 1820 vor einem requirirten Amtsactuar und andern Gerichtspersonen mündlich ausgesprochene letzte Wille als ein gültiges Testament anzusehen, weil die Wittwe Hartmann, ehe ihr noch

das darüber aufgenommene Protocoll zur Genehmigung habe vorgelesen werden können, verstorben sei. Da mithin deren Nachlaß bloß nach der Intestaterbfolge zu vertheilen sei, so gebühre auch den Klägern als Geschwistern der Verstorbenen ein Theil. Dessenungeachtet hätten die Beklagten (ebenfalls Geschwister der Erblasserin) sich den ganzen Nachlaß angemaßt.

Die Beklagten berufen sich auf das am 20. Juni 1820 vor Gericht errichtete Testament der H., worin sie (die Beklagten) zu Erben eingesetzt waren. Dasselbe sei nicht schon wegen der von den Klägern gemachten Ausstellung als ungültig zu betrachten.

Entscheidung.

CCCCLXIIIa. Der Leinweber Gottlieb P. in R. verstarb mit Hinterlassung einer vor dem Gerichte zu R. errichteten, jedoch vom Disponenten nicht unterschriebenen letztwilligen Verfügung, worin es heißt: „ich vermache meinem Bruder A. 500 Thaler; alles andere sollen, da ich keine Eltern mehr habe, meine Geschwister, die ich hiermit zu Erben einsetze, bekommen:"

Den beim Tode des Gottlieb P. vorhandenen zwei vollbürtigen Brüdern A. und B., welche als Knechte, und zwei halbbürtigen Schwestern C. und D., welche als Mägde dienen, wurde diese Disposition gerichtsseitig publicirt, worauf die Brüder es als gültiges Testament ausdrücklich anerkannten. Sie setzten sich aber schon am folgenden Tage in den Besitz des Nachlasses und bestritten den Schwestern ein Miterbrecht, worauf diese „auf Herausgabe von $^2/_3$ des von weil. Gottlieb P. hinterlassenen Vermögens — nach Abzug des Legates —" mit der hered. petitio klagten.

Die Bekl. trugen in ihrer Vernehmlassung vor: Den Klägerinnen gebühre keinerlei Erbrecht, kein gesetzliches wegen ihrer halbbürtigen Verwandtschaft, kein testamentarisches, weil die letztwillige Disposition als Testament wegen Mangels der Unterschrift des Disponenten nicht angesehen werden könne. Zwar haben Beklagte sie vor Gericht als gültiges Testament anerkannt, indeß sie haben nicht gewußt, daß zu einem rechtsbeständigen gerichtlichen Testamente des Testators Unterschrift erforderlich sei, und bitten sie auf Grund ihrer Rusticität nöthigenfalls gegen das ausgesprochene Anerkenntniß zu restituiren. Aber selbst wenn die Form des Testaments die legale wäre, könnten Klägerinnen doch für sich keine Erbrechte daraus ableiten, weil unter dem Ausdruck „Geschwister" nur vollbürtige und höchstens bei deren Nichtvorhandensein halbbürtige verstanden werden können.

CCCCLXIV. Am 6. Juli 1837 errichtete der Müller Weibezahl im A'schen eine letztwillige Disposition in folgender Weise:

Er ließ durch seinen Schwager, Elias Weiße, den Notar Schwarz aus E. zu sich ersuchen und erklärte, als dieser sich in seiner Wohnung eingefunden hatte, in dessen Gegenwart, sowie in Gegenwart seiner Ehe-

frau und seines genannten Schwagers, jedoch ohne Zuziehung von Testamentszeugen:

Er wolle hiermit seiner Ehefrau, sowie seinen Neffen, Karl Eduard Weiße, zu seinen Erben einsetzen, jedoch dergestalt, daß seine Ehefrau gegen Einwerfung und gänzlichen Verzicht auf ihr baares Einbringen, sowie auf ihre statutarische Erbportion und auf die Quarta Trebellianica, für ihre Lebenszeit Besitz, Verwaltung und Nießbrauch seines Nachlasses ohne Caution haben, nach ihrem Tode aber dieser Nachlaß, wie er alsdann gehen, stehen und liegen werde, seinem genannten Neffen, Karl Eduard Weiße, anfallen solle. Zugleich wurde diesem die Pflicht auferlegt, ein Jahr nach dem Ableben der W'schen Ehefrau mehrere Legate auszuzahlen, namentlich 300 Thlr. an seinen Cousin Zink und ebensoviel an jedes der drei Geschwister desselben, sämmtlich Kinder einer verstorbenen Schwester Weibezahl's.

Der Testator bestimmte ferner, daß, wenn diese Disposition nicht als ein formgerechtes Testament sollte gelten können, dieselbe doch als Codicill, Erbvertrag oder als Schenkung unter den Lebendigen betrachtet und aufrecht erhalten werden solle.

Zu dem Ende acceptirten auch die Ehefrau des Testators und der genannte Elias Weiße für seinen eingesetzten Sohn, Karl Eduard W., diese Verfügung bestens, auch erklärte die Ehefrau noch ausdrücklich, daß sie sich den Anordnungen ihres Ehemanns vollkommen fügen wolle.

Auf Vorlesen genehmigten die Interessenten das von dem Notar Schwarz über diesen Vorgang aufgenommene Protokoll.

Nun erst wurden auf den Antrag des Disponenten durch den Notar sieben Zeugen requirirt und nach deren Erscheinen erklärte ihnen der Disponent, indem er ihnen das erwähnte Protokoll vorzeigte, daß dieses seinen letzten Willen enthalte, dem er nach seinem Ableben pünktlich nachgehandelt haben wolle. Ueber den Inhalt des Protokolls erfuhren jedoch die Zeugen Nichts.

Diesem trat auch die Ehefrau und der genannte Schwager bei. Der Notar nahm hierüber noch ein besonderes Protokoll auf, welches von dem Disponenten W., dessen Ehefrau und Schwager, sowie von den sieben Zeugen unterschrieben, jedoch nicht besiegelt wurde.

Nachdem der Notar Schwarz diese letztwillige Verfügung in ein förmliches Notariats-Instrument gebracht und dasselbe in eine Tectur eingesiegelt hatte, welcher er die Ueberschrift gab:

„In diesem Umschlage befindet sich das Testament des Müllers Weibezahl in W.

E. am 10. Juli 1837. Christian Georg Schwarz, Notar."

überreichte er es so dem Kreisamte zu E., jedoch ohne dabei anzuführen, daß er es in W's Auftrage niederlege.

Am 27. September desselben Jahres starb der Testator und am 24. October wurde sein letzter Wille eröffnet. Es trat jedoch nunmehr der oben genannte Legatar Zink gegen die verwittwete Weibezahl mit einer Klage auf, in welcher er anführte, er und seine drei Geschwister

seien Kinder der einzigen früher verstorbenen Schwester des verstorbenen Weibezahl, demnach als Intestaterben zur Succession in dessen Nachlaß berechtigt und hieran sei auch durch die letztwillige Disposition W's Nichts geändert, da dieselbe weder als schriftliches, noch als mündliches Privattestament gelten könne.

Die beklagte Wittwe glaubt, die Disposition ihres Ehemanns könne, wenn nicht als Testament, doch als Codicill oder als Schenkung aufrecht erhalten werden. — Als Erbvertrag konnte sie nicht wirksam sein wegen einer partikularrechtlichen Bestimmung, welche gerichtlichen Abschluß der Erbverträge vorschreibt.

CCCCLXV. Die verwittwete Salzmann zu N. hatte am 24. Januar 1827 dem Notar und Rathsgerichtsprocurator Bauer eine Disposition unter ihren Kindern und Enkeln in die Feder dictirt und, nachdem dieser solche sofort unterschrieben und in die gehörige Form gebracht, noch an dem nämlichen Tage eigenhändig unterschrieben und besiegelt. Da die S. die Errichtung ihrer Disposition geheim halten wollte, so ersuchte sie den Notar, er möchte die Zeugen für sich allein requiriren und von solchen ihre letzte Willensmeinung unter Verschweigung ihres Namens in seiner Wohnung unterschreiben lassen, sodann aber solche so lange bei seinem Notariats-Protokoll verwahren, bis er in Erfahrung gebracht haben würde, daß sie dem Tode nahe sei; dann sollte er sie bei dem Magistrat zu N. niederlegen.

Der Notar befolgte diesen Auftrag, unterschrieb und besiegelte nebst drei Zeugen die Disposition und behielt sie bei seinem Protokoll unter einem mit seinem und zweier der unterschriebenen Zeugen Petschaften versiegelten Umschlage bis zum 24. October 1827. An eben diesem Tage aber übergab er auf erhaltene Nachricht von einem gefährlichen Kranksein der S. die Disposition derselben in Gegenwart jener beiden Zeugen dem Magistrate zu N. mit der Bitte, sie nach dem Tode der S. zu eröffnen und zum Vollzuge zu bringen, ihm aber zur Legitimation einen Depositionsschein zu ertheilen. Die S. starb darauf am 28. October des genannten Jahres und ihre letzte Willensmeinung wurde am 12. November gehörig eröffnet und publicirt.

In der Disposition selbst hatte die S. erklärt, daß sie ihren letzten Willen in Form eines Codicills errichten wolle, sie hatte auch keins ihrer Kinder zu Erben eingesetzt, dagegen hatte sie ausdrücklich gesagt, sie wolle thun, was eine rechtschaffene Mutter, die ihre Kinder in gleichem Grade liebe, zu thun verbunden sei und aus dem Beweggrunde, um unter ihren fünf Kindern, wovon drei noch am Leben, zwei aber vor ihr verstorben waren, eine Gleichheit zu beobachten, hatte sie Verschiedenes zum Vortheil der drei noch lebenden Kinder, ohne jedoch ihre Enkel in dem Pflichttheile zu verkürzen, verordnet. Insbesondere hatte sie ihrem Sohne Heinrich und ihrer Anfangs an D., hernach an Büchner verheiratheten Tochter, welche noch einmal so viel, als die an H. verheirathete Tochter, an Heirathsgut mitbekommen hatte,

über die Rückzahlung der beiden vorgestreckten Kapitalien nebst Zinsen quittirt; desgleichen einer an Hofmann verheiratheten Tochter und deren Ehemanne über die Entrichtung der Pachtgelder von den gepachteten Gütern, und sprach diese drei Personen von aller weitern Anforderung los. Zugleich legirte sie dem Schwiegersohne Hofmann verschiedene Grundstücke mit der Verordnung, daß, wenn derselbe noch vor ihr versterben sollte, ihre Tochter, dessen Ehefrau und nach dieser auch deren Kinder statt ihrer eintreten sollten.

Gegen diese Disposition stellten die von den verstorbenen Kindern hinterlassenen Enkel und die Vormünder der Minderjährigen die Nichtigkeitsklage an, indem sie sowohl die Form als den Inhalt der Disposition als ungültig anfochten. Der Form nach sei dieselbe ungültig, weil sie nur als mündliches Codicill betrachtet werden könne, doch aber weder die S. vor Gericht erschienen oder eine Rathsdeputation bei ihr sich eingefunden, noch die Zeugen bei der Handlung selbst gegenwärtig gewesen. Dem Inhalte nach wurde die Disposition angefochten, weil sie, obgleich als Disposition unter Kindern von der Erblasserin ihrer ausdrücklichen Erklärung nach beabsichtigt, doch zugleich Dispositionen für andere Personen, nämlich für die Enkel und für den Schwiegersohn H., enthalte. —

CCCCLXVI. Der Domänenpachter Schlegel in X. ließ am 6. März 1841 von seinem Vetter, dem Notar Schlegel, seinen letzten Willen niederschreiben, in welchem er seine beiden noch unmündigen Töchter, Helene und Justine, nebst seiner damaligen Braut, Dorothea R., zu gleichen Theilen, also letztere zu $^1/_3$, als Erben einsetzte, einige Legate anordnete und die Vormundschaft seiner unmündigen Töchter, seiner Mutter, der Räthin S., und seinem Bruder, dem Secretär S. auftrug.

Am Schlusse dieses Aufsatzes bestärkte er eigenhändig die Wahrheit des Inhalts mit eigenhändiger Unterschrift und beigedrücktem Siegel.

Er ließ hierauf durch den Notar nicht das entferntere Justizamt Z., welchem die Domäne X. unterworfen war, sondern das Stadtgericht der benachbarten Stadt N. nach X. requiriren und als dasselbe sich noch an demselben Tage dahin verfügt hatte, wurde von den committirten Mitgliedern desselben das ihnen vom Testator übergebene versiegelte Testament angenommen. Ueber diesen Act nahm der Stadtrichter und Bürgermeister Fischer, welcher auch Stadtschreiber war, ein Protokoll auf, welches von ihm und zwar mit Beisetzung der Worte „qua Stadtrichter,“ sowie von dem Gerichtsbeisitzer Senator Schütz und statt des Gerichtsassessor Jahn, weil dieser ein Schwager des Testators, von dem zweiten Bürgermeister Seiffarth unterschrieben wurde.

Der größte Theil des Nachlasses des Testators bestand in Demjenigen, was er von seiner vor einigen Jahren verstorbenen Ehefrau erhalten, da selbige nicht nur diesem ihrem Ehemanne, als er von einem gewissen L. zum Erben eingesetzt und mit vielen Legaten beschwert worden, ein ihr ausgesetztes Vermächtniß von 3000 Thlrn. erlassen, sondern ihn auch in ihrem Testamente nebst ihren beiden Töchtern in der Weise

zum Erben eingesetzt hatte, daß die Töchter ihr nur im Pflichttheil, im ganzen übrigen Vermögen ihr Ehemann succediren solle.

Nach dem Tags darauf erfolgten Tode des Testators bestreiten seine Mutter und sein Bruder, als Vormünder seiner Töchter:

1) die Gültigkeit des Testaments,

2) die Berechtigung des Erblassers, seinen Kindern das von ihrer Mutter Erworbene zu entziehen und es seiner Braut zum Theil zu hinterlassen, auch bezüglich des Legats von 3000 Thlrn. Auch sei schon durch die Verlobung das Eigenthum daran auf die Töchter zurückgefallen. —

CCCCLXVII. Der Landwirth Wagner hatte 3 Kinder, von denen das älteste, sein Sohn Eduard, ihm von Jugend auf als Knecht die sauersten Arbeiten verrichtet und ihm dadurch sein Vermögen mit hatte erwerben helfen.

Um dieses Sohnes ihm geleistete große Dienste zu belohnen, erklärte er sich gegen den Schulmeister, daß dereinst nach seinem Tode sein Sohn das Gut, welches er hinterlasse und welches 1000 Thlr. werth sei, für 600 Thlr. aus seinem Nachlasse bekommen solle. Diesen Willen sprach der Vater nachher auch gegen einen guten Freund, den Z., aus.

Als darauf Wagner starb, verlangte nunmehr sein Sohn E. von seinen zwei Geschwistern das väterliche Gut mit dem Anerbieten, dasselbe den Miterben mit 600 Thlrn. bei der Erbschaftstheilung zu vergüten oder sich so viel an seinem Erbtheil kürzen lassen.

Seine Geschwister wollen sich hierzu nicht verstehen, weil die erwähnte Disposition ihres Vaters weder in einer Schenkung, noch in einem Testamente, noch in einer Theilung bestanden habe.

Es klagt daher der Bruder gegen seine Geschwister, indem er sich auf den gegen zwei glaubwürdige Personen ausgesprochenen Willen seines Vaters beruft. Er will denselben als ein mündliches Testament betrachtet wissen. Da dasselbe die Disposition eines Vaters zu Gunsten seines Sohnes enthalten, so habe es keiner weitern Solennität bedurft, als daß der Wille gegen zwei glaubwürdige Personen erklärt werde, die dessen Dasein bezeugen könnten. Denn da der Vater sogar über sein ganzes Vermögen unter seinen Kindern vor zwei Zeugen ein Testament errichten dürfe, wieviel mehr sei diese Anzahl für eine Verfügung über einen bloßen Theil des Vermögens genügend.

CCCCLXVIII. In einem im J. 1831 errichteten Testamente setzte die Wittwe Schmidt ihren Sohn, Georg S., eventualiter dessen Kinder und die Kinder ihres verstorbenen Sohns, Ludwig S., zu Erben ein. Der Nachlaß sollte ihnen nach Stämmen und nicht nach Köpfen zufallen. Am Schlusse des Testaments behielt sie sich vor, wegen des einen oder andern Punkts Aenderungen vorzunehmen und fügte hinzu:

„Es solle jede Aufzeichnung, die von ihr eigenhändig geschrieben,
„mit Jahreszahl, Tag und voller Namensschrift versehen sei, eben die
„Wirkung haben, als ob sie buchstäblich hierin (in dem Testamente)
„enthalten und niedergeschrieben wäre.“ —

Im December 1835 errichtete die Wittwe S. im Auslande eine anderweite Disposition, worin sie in Bezug auf die vorerwähnte Reservation Abänderungen ihres frühern letzten Willens machte und u. A. bestimmte:

„Daß der von ihrem im November 1831 verstorbenen Bruder auf
„sie gekommene Erbtheil ihrem Sohne ausschließend zufallen solle, ohne
„Verpflichtung, mit den Kindern seines verstorbenen Bruders zu thei-
„len oder abzugeben, indem er ihr näher stehe, als diese.“

Dagegen wurden ihm über 3000 Thlr. Legate zu zahlen auferlegt.

Geschrieben war das Testament und diese Disposition anscheinend von der Erblasserin. Unterschrieben war die letztere mit vollständigem Vor- und Zunamen, das Datum aber unter Beisetzung des Ortsnamens mit den Worten „December 1835“ bemerkt. Der bevorzugte Sohn war nicht namentlich genannt, sondern folgendermaßen bezeichnet:

„Mein jetzt noch einziger lebender Sohn, ausübender Arzt der Arzneigelehrsamkeit in P.“ Vorbehalten wurden auch hier Abänderungen und dieser Vorbehalt besonders nochmals unterschrieben und besiegelt. Von dieser Disposition sandte die Erblasserin zwei gleichlautende Exemplare, das eine dem zum Erben eingesetzten Sohne, das andre einem Dritten mit der Verpflichtung: sie nach dem Tode gegen einander auszutauschen und dann zu eröffnen.

Nachdem Letzteres nach dem Tode der S. in Gegenwart eines Notars und Zeugen geschehen, bestreiten die Kinder des verstorbenen Ludwig S. die Gültigkeit der Disposition vom December 1835.

Sind sie dabei im Rechte? —

CCCCLXIX. Bei dem Tode des Justizraths M. in Z. wird dessen Wittwe zur Vormünderin über die vorhandenen minderjährigen Kinder bestellt. Als ihr hierauf vom Obergerichte zu X. die Errichtung eines gerichtlichen Inventars auferlegt wird, bittet sie auf den Grund der von ihrem verstorbenen Ehegatten hinterlassenen und unter dessen Papieren vorgefundenen letztwilligen Verfügung, dieses Decret zurückzuziehen.

Jene von M. hinterlassene Verfügung lautet, wie folgt:

„§. 1. Meiner Frau, welcher überdieß das vorhandene Vermö-
„gen an Immobilien, Forderungen und Staatspapieren eigenthümlich
„zusteht, resp. mit dem von ihr ererbten Gelde erworben worden, ver-
„bleibt während ihres Lebens die Nutznießung und Verwaltung des
„gesammten Nachlasses.

„§. 2. Auch ernenne ich dieselbe zur alleinigen Vormünderin
„über meine Kinder, falls dieselben bei meinem Tode noch minder-
„jährig sein sollten und entbinde sie zugleich von jeder Rechnungs-
„ablage.

„§. 3. Ich untersage die Obsignation sowie die Inventaraufnahme über meinen Nachlaß.

„§. 4. Meine jetzt lebenden drei Kinder, Julius Karl, Wilhelm „und Marie, beerben mich nach den Grundsätzen des gesetzlichen Erbrechts und der gesetzlichen Erbfolge.

Z., den 6. April 1839. A. M."

Das Gericht läßt es jedoch bei dem ertheilten Decrete, weil die Verbindlichkeit zur Errichtung eines gerichtlichen Inventars nur durch eine rechtsgültige letztwillige Disposition erlassen werden könne, als solche aber die überreichte Schrift, da sie lediglich in einem formlosen von dem Erblasser geschriebenen und bloß mit seiner Unterschrift versehenen Aufsatze bestehe, nicht gelten könne.

Kann die Wittwe M. hiergegen mit Erfolg eine Beschwerde einlegen?

Auf welchen Punkt kommt es dabei an? —

§. 471. 472.

CCCCLXX. Der kinderlos verstorbene Landrentmeister Blum hatte in seinem Testamente u. A. Folgendes bestimmt:

„Zu meinem Erben setze ich hiermit ein zu errichtendes, lediglich „für Kinder des katholischen Glaubens bestimmtes Waisenhaus ein; „diese Kinder sollen im Fürstenthum Hildesheim und in dem Theile „des s. g. Eichsfelds geboren sein, welcher jetzt zu Hannover gehört. „Dieses Waisenhaus soll zu H., oder wenn es dort nicht passend gefunden würde, in einem andern Orte errichtet werden, wo sich schon „eine katholische Pfarre befindet, keineswegs aber in der Stadt Hildesheim. Ich stelle dies Institut unter die Leitung des Herrn Bischofs „zu Hildesheim und werde, wenn ich kann, gegenwärtigen noch nähere „Bestimmungen nachfügen."

Nach dem Tode Blum's machen dessen nächste Seitenverwandte auf den Nachlaß Anspruch und weigern sich, denselben dem Testamente gemäß zu verwenden.

Kann ihnen gegenüber der auf Stiftung des Waisenhauses gerichtete Wille des Testators geltend gemacht werden und wie? —

CCCCLXXI. Der Gutsbesitzer Fischer hatte den Sohn seiner Schwester, der verehelichten Albrecht, zu sich genommen und ihn von Jugend auf wie sein eignes Kind behandelt. Denselben hatte er auch in seinem gerichtlich deponirten Testamente zu seinem Universalerben eingesetzt, als den, wie er sich ausgedrückt hatte, „bei dem Mangel ehelicher Descendenz unter seinen Verwandten ihm am nächsten Stehenden." Zugleich hatte er ihm jedoch ein Legat von 1500 Thalern auferlegt, das er an die X. auszahlen solle. Mit dieser stand nämlich F. in vertrautem Verhältnisse, in Folge dessen er auch ein später von derselben zur Welt gebrachtes Kind als das seinige anerkannte.

Der Neffe Albrecht veruneinigte sich jedoch mit seinem Oheim über den zu ergreifenden Beruf und verließ ihn plötzlich, um nach Amerika auszuwandern. Seitdem gab er keine Nachrichten wieder von sich. Doch verbreitete sich einige Jahre darauf das Gerücht, A. sei in Amerika gestorben.

Kurz nachdem der Oheim F. von diesem Gerüchte gehört hatte, nahm er sein Testamtnt aus dem Depositum zurück und errichtete ein neues, in welchem er, ohne jedoch seines Neffen Erwähnung zu thun, seinen unehelichen Sohn, Georg F., zum alleinigen Erben einsetzte, wobei er jedoch zwei Legate, eins von 500 Thlrn. zu Gunsten des G., ein anderes von 300 Thlrn. für den B. anordnete.

Nachdem F. noch kurz vor seinem Tode sich mit der X. hatte trauen lassen, starb er und sein Nachlaß wurde auf 24000 Thlr. taxirt.

In den Besitz dieses Nachlasses hat sich der in dem zweiten Testamente zum Erben ernannte Georg F. gesetzt. —

Er wird jetzt von dem verstorben geglaubten Albrecht mittelst gegerichtlicher Klage auf Herausgabe der gesammten Erbschaft in Anspruch genommen.

Höchstens will der Kläger ihm den Betrag von 2000 Thalern zustehen, denn sein Oheim habe ihn als Kind angenommen und stets so behandelt, weßhalb, selbst wenn das zweite Testament gültig gewesen wäre, der Testator dem Beklagten doch nicht mehr habe hinterlassen dürfen. —

Für diesen Fall stützt er seinen Anspruch, auf sein Intestaterbrecht als nächster Blutsverwandter des Erblassers.

Das zweite Testament sei jedoch überhaupt ganz ungültig und Kläger müsse die ganze Erbschaft bekommen, da der Testator den Beklagten offenbar nur in der Voraussetzung eingesetzt habe, daß Kläger, wie ja das Gerücht gegangen, gestorben sei. Er beruft sich auf

l. ult. D. de hered. inst. (28, 5) Paulus:

Pactumejus Androsthenes Pactumejam Magnam filiam Pactumeji Magni ex asse heredem instituerat; eique patrem ejus substituerat. Pactumejo Magno occiso et rumore perlato quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: *Quia heredes, quos volui mihi, continere non potui, Novius Rufus heres esto.* — Pactumeja Magna supplicavit Imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit Imperator ei subveniendum; igitur pronunciavit, hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.

Was läßt sich der Klage entgegenstellen?

Können A. und B. ihre Legate verlangen?

§. 473.

CCCCLXXII. Bei dem Tode des Leinwebers Seidenfaden zu W. fand sich eine letztwillige Disposition vor, welche folgendermaßen abgefaßt war:

„Geschehen zu W. den 26. Dec. 1840.

„Nachdem Alle sich aus der Stube entfernt hatten, erklärte der „Einwohner Johannes Seidenfaden in seiner Krankheit Folgendes für „seine letzte Willensmeinung:

„1) Der Pathe Johann Runkel soll nach seinem Tode 10 Thlr. „zum Geschenk erhalten.

„2) Soll seiner hinterlassenen Frau Anna Martha S. geb. Meier „der ganze Nachlaß, was wir Beide gemeinschaftlich zusammen an„geschafft haben an Vieh, Fourage, Kartoffeln, Kleidungsstücken, Haus„geräthschaften, mag auch Namen haben, wie es will und die zwei „urbar gemachten Stücke Rottland am Ziegenberge nach seinem Tode „vermacht und geschenkt sein, so daß dieselbe damit machen kann, was „sie will und nach deren Tode ihren Kindern zufallen soll. Geschehen „wie oben und von ihm selbst und von den hierbei zugegen gewesenen „Zeugen unterschrieben.

Johannes Seidenfaden."

„Daß vorstehende letzte Willensmeinung des Johannes Seidenfa„den dahier bei völligem Verstande und Geisteskraft geschehen ist, kann „ich der Wahrheit gemäß bescheinigen.

Eckart, Wundarzt."

Als Namen der weiteren Zeugen folgen sechs Unterschriften und darunter heißt es:

„Zur Beglaubigung der Anerkennung und Unterschriften:

Der Bürgermeister Günther"

(mit dem Abdruck des Gemeindesiegels von W.).

Die Schwester Seidenfaden's klagt hierauf als einzige Intestaterbin gegen dessen hinterlassene zweite Ehefrau auf Herausgabe des Nachlasses, der sich im Besitze der Beklagten befinde.

Die letztwillige Disposition, worin der Beklagten der Nachlaß vermacht worden, bezeichnet die Klägerin als ein ungültiges Testament.

Kann die Beklagte der Klage Etwas entgegensetzen und sich auf das erwähnte Testament berufen?

Zu bemerken ist, daß der Wundarzt Eckart in die Wohnung des Testators gerufen war, um demselben ärztlichen Beistand zu leisten; auch zwei andern Zeugen war der Zweck der Einladung nicht mitgetheilt worden und einer derselben erinnert sich nicht mehr, von wem er gerufen worden.

Uebrigens sagen alle 7 Zeugen übereinstimmend aus, daß der Testator, als sie in dessen Stube versammelt gewesen, sie gebeten habe, anwesend zu bleiben, weil er ihnen seine Willensmeinung erklären wolle. Er habe darauf einem Zeugen, nach vorgänger Aufforderung an denselben, ihn niederzuschreiben, den oben mitgetheilten Aufsatz dictirt. Jener

habe ihn zu Papier gebracht, vorgelesen und der Testator habe darauf denselben im Beisein aller Zeugen als seine letzte Willensmeinung bezeichnet und mit den Zeugen unterschrieben.

---

§. 474.

CCCCLXXIII. Johann Schäfer bestimmte in seinem Testamente Folgendes:

„Ich setze zu meinem einzigen und wahren Erben meiner sämmt„lichen Verlassenschaft an liegenden Gründen und fahrender Habe, sie „bestehe worin und habe Namen wie sie wolle, nicht das Geringste „davon ausbeschieden, in der beständigsten und bündigsten Form Rech„tens ein meinen Sohn Adolph Schäfer und dessen jetzige und künf„tige eheliche Kinder, so daß dieselben meine gedachten zeitlichen Güter „nach meinem Tode zu ewigem Erbe eigenthümlich haben und besitzen „sollen."

Als darauf nach dem Tode des Erblassers sein Sohn Adolph S. den Nachlaß in Besitz genommen und auf die ererbten Güter viele Schulden aufnahm, so kam zur Sprache, ob seine drei Kinder in dem Testamente nicht zu seinen Miterben eingesetzt seien.

Es wurde daher von Gerichtswegen den unmündigen Kindern ein Curator bestellt, welcher deren Gerechtsame wahren solle.

Dieser erhebt nun gegen den Vater derselben Klage auf Herausgabe von drei Viertheilen der Erbschaft.

Der Beklagte widerspricht

1) dem Verlangen überhaupt, weil seine Kinder ihm nur substituirt seien, diese Substitution aber durch seinen Antritt erloschen sei;

2) dem Anspruch auf $^{3}/_{4}$ des Nachlasses, weil im höchsten Falle den drei Kindern zusammen die Hälfte des Nachlasses gebühren könne.

Entscheidung.

CCCCLXXIV. A., der kinderlos verstorben, hatte folgendes Testament hinterlassen:

„§. 1. Ich setze die Kinder meiner Neffen und Nichten zu meinen „Erben ein.

„§. 2. So lange bis das jüngste dieser Kinder 20 Jahre alt sein „wird, soll die Nutznießung meines Vermögens den Eltern dieser Kinder „zufallen.

„§. 3. Ich ernenne Y. und Z. zu meinen Testamentsexecutoren „und Verwaltern meines Vermögens auf so lange, bis den Erben „selbst das Kapital ausgeliefert werden wird."

Zur Zeit von A's Tode lebten 4 Neffen desselben, B., C., D., E. und 3 Nichten, F., G., H. Nur B., C., F. und G. hatten Kinder und zwar B. 3, C. 2., F. 4 und G. 1; das jüngste dieser Kinder war $1^{1}/_{2}$ Jahre alt. Der Neffe D. war 15, E. 12 nnd die Nichte H. war erst $1^{1}/_{2}$ Jahre alt. In Folge des angeführten §. 2 wurden B., C., F.

und G. in die Nutznießung der Hinterlassenschaft eingewiesen. Nach 10 Jahren verheirathete sich D. und ein Jahr darauf wurde ihm ein Kind geboren. Es fragt sich nun:

1) Kann auch D. und, wenn E. und H. später Kinder bekommen sollten, können auch E. und H. Antheil an der Nutznießung verlangen?

2) Wenn die Testamentsexecutoren künftigenfalls etwa auch E. und H. in die Nutznießung einweisen, B., C., F. und G. aber sich dadurch beeinträchtigt glauben sollten, gegen wen und mit welcher Klage müßten sie klagen?

3) Wie ist die Nutznießung zu vertheilen, nach der Kopfzahl der theilnehmenden Eltern oder nach der Kopfzahl der erbberechtigten Kinder?

S. a. besonders unten zu §. 553—557.

CCCCLXXV. In dem Testamente des Horndrehers Schulze heißt es:
„Zu meinen Erben setze ich meine beiden Neffen, Heinrich und „Carl Schulze, ein, dergestalt, daß der Erstere die Hälfte, der Letztere „ein Viertheil des Nachlasses bekommen soll.

„Auch meine Cousine Rosalie Neumann und deren beiden Brüder „Theodor und Ludwig N. sollen mich mit beerben und zwar soll die „Erstere meinen Garten vor dem Thore, der Letztgenannte aber die „Summe von 500 Thlrn. haben."

Zum Schlusse des Testaments war noch bemerkt:
„Dasselbe, was ich zu Gunsten meines Neffen Heinrich bestimmt habe, „verordne ich auch für seinen Bruder Eduard Schulze, falls derselbe „wieder in seine Heimath zurückkehren sollte."

Kurz nach dem Tode Schulze's kam der schon todt geglaubte Eduard Schulze von der Wanderschaft zurück.

Die Erbschaft beträgt im Ganzen 8000 Thlr.

Wie ist die Erbschaft zu vertheilen?

---

§. 476—478.

CCCCLXXVI. Joachim Isebaud hatte kurz vor seinem Ableben am 7. August 1837 ein gerichtliches Testament errichtet und in demselben seinen einzigen damals $1^1/_2$ Jahre alten Sohn Leonhard J. zu seinem Universalerben eingesetzt, demselben aber auf den Fall, daß er in seiner Unmündigkeit ohne eheliche Leibeserben mit Tode abgehen würde, folgende Personen substituirt:

a) des Kindes Großeltern, den Bürgermeister Heinrich Ludolph und dessen Ehefrau, falls selbige oder eines von ihnen noch am Leben sein möchten;

b) seinen, des Testirers, Oheim von mütterlicher Seite Johann Werner oder dessen eheleibliche Kinder;

c) seine Cousine Margarethe Vogel und ihre Kinder;

d) seinen Vetter Hinze;

dergestalt, daß selbige alles Dasjenige, was sein, des Testirers, Sohn nachlassen würde, unter sich theilen sollten. Auch war dem Testamente die codicillarische Clausel angehängt.

Nach erfolgter Publication dieses Testaments traten die Vormünder des unmündigen Erben die Erbschaft an. Der Letztere starb jedoch später in einem Alter von 17 Jahren. In Folge davon verlangten die im Testamente substituirten Erben, soviel ihrer noch am Leben, nämlich die unter b — d Genannten, die Einsetzung in den Besitz des Nachlasses auf Grund der l. ult. de edicto D. Hadr. tollendo.

Diesem widersprach jedoch der Oheim des Erben von mütterlicher Seite, Ernst Ludolph, als nächster Intestaterbe mit dem Anführen, jene Substitution sei erloschen.

Wie ist zu entscheiden?

CCCCLXXVII. Der Handelsmann Gottfried Starklof verordnete in seinem letzten Willen, daß sein Sohn Johann und zwei Enkel eines verstorbenen Sohns, des Pfarrers Starklof, seine Erben sein sollten und daß, wenn sein Enkel, Christian Friedrich Starklof, der damals ungefähr 9 Jahre alt war, unverehelicht sterben würde, von dessen Nachlasse zwei Drittel an seinen, des Testators jüngern Sohn, Johann Starklof, ein Drittel aber an die Wittwe seines verstorbenen Sohnes, als des Kindes Mutter fallen solle.

Dieses Testament wurde nach des Erblassers Tode von den darin eingesetzten Erben anerkannt und die Erbschaft angetreten.

Als darauf Christian Friedrich Starklof in seinem zwölften Jahre verstarb, verlangten dessen Mutter und der Oheim den väterlichen Erbtheil des Verstorbenen für sich allein.

Dagegen beansprucht der Vormund des minderjährigen Bruders Adolph St. auch für diesen ein Miterbrecht an dem Nachlasse.

Entscheidung.

CCCCLXXVIII. In dem Testamente des Agenten Schubert waren dessen drei Söhne, Robert, Georg und Friedrich S. als Erben so eingesetzt, daß von den ersten Beiden jeder $^3/_8$, der Letztere dagegen $^1/_4$ haben sollte und zugleich waren dieselben auch einander gegenseitig substituirt.

„Für den Fall," hieß es in dem Testamente weiter, „daß meine drei „genannten Kinder sämmtlich vor dem Antritte der Erbschaft ohne „Leibeserben versterben sollten, so substituire ich denselben den Sohn „meiner verstorbenen ersten Ehefrau, meinen Stiefsohn Ernst Köhler „und diesem seine Schwester Amalie Köhler. Dieselben sollen auch „in gleicher Reihenfolge meinem Sohne Robert, ihrem Halbbruder von „der Mutter her, substituirt sein."

Wenige Tage vor dem Testator war dessen Sohn Georg gestorben mit Hinterlassung einer Tochter, Wilhelmine S.

Als darauf nach dem Ableben des Testators dessen Testament eröffnet worden war, schlug Robert S. die Erbschaft aus. Da der Stiefsohn Ernst Köhler schon beim Tode des Erblassers nicht mehr am Leben gewesen, so macht dessen Schwester Amalie Köhler Anspruch auf den Nachlaß, welchen sie bloß mit Friedrich S. theilen zu müssen glaubt.

Dagegen will auch Wilhelmine S. bei der Theilung berücksichtigt sein.

Unter welche Personen und in welcher Weise ist die Erbschaft zu vertheilen?

CCCCLXXIX. Der Advocat Wenzel bestimmte in seinem Testamente:

„Nach meinem Tode sollen meine beiden Kinder, mein Sohn Hermann und meine Tochter Emilie, meine alleinigen Erben sein „und zwar soll die Letztere, wenn mein Sohn in der Unmündigkeit versterben sollte, in dessen Nachlaß sich mit ihrer Halbschwester Marie „Schneider theilen.

„Sollte aber meine genannte Tochter Emilie noch im unmündigen „Alter versterben, so substituire ich für diesen Fall meinen Sohn Hermann und ihre gedachte Halbschwester Marie S. zu gleichen Theilen. Würde alsdann die Letztgenannte oder mein Sohn nicht mehr „am Leben sein, so soll der Bruder der Marie S., Bernhard Schneider, als Substitut eintreten."

Die beiden Kinder des Testators erlebten zwar den Erbschaftsantritt, es starb aber bald darauf die Tochter Emilie im 11ten und kurz darauf der Sohn Hermann im 13ten Jahre, noch ehe die Regulirung der Erbschaft der erstern erfolgt war.

Da die Halbschwester Marie Schneider bereits vor der Tochter Emilie gestorben war, so beansprucht nunmehr deren Bruder Bernhard Schneider den gesammten Nachlaß beider Kinder.

Ist er dazu berechtigt?

CCCCLXXX. Georg Köhler setzte in seinem Testamente, welches er gerichtlich deponirte, zu Erben ein:

1) seine beiden Söhne erster Ehe, Rudolph und Ferdinand K.,

2) seine beiden Töchter zweiter Ehe, Josephine und Constanze K., die erstere 4, die zweite 5 Jahre alt. Hinsichtlich der beiden Letztern verordnete er, daß, wenn eine derselben oder beide in der Unmündigkeit versterben sollten, ihr Nachlaß an die beiden unter 1) genannten Söhne zu gleichen Theilen fallen solle.

Als zwei Jahre nachher der Testator starb, überstieg sein Nachlaß kaum den Betrag der Begräbnißkosten und es wurde derselbe daher von Ferdinand K. und dem Vormunde der beiden Töchter dem ältesten Sohn Rudolph überlassen, bei welchem der Erblasser die letzte Zeit über gewohnt und welcher das Begräbniß besorgt hatte, zu seiner alleinigen Befriedigung, weßhalb auch bei Eröffnung des Testamentes bloß Rudolph

Köhler die Erbschaft antrat, die übrigen Kinder dagegen ausdrücklich allen Ansprüchen darauf entsagten.

Im Nov. 1847 starb Constanze K. im 10ten und im April 1848 Josephine K. im 9ten Lebensjahre, nachdem eine jede von ihnen im J. 1840 von einer Tante die Summe von 3000 Thlrn. geerbt hatte.

Auf den Nachlaß dieser beiden Schwestern macht Anspruch:

1) Ferdinand Köhler,

2) Auguste Köhler, die Tochter des im September 1847 verstorbenen Rudolph Köhler.

Die Letztere will den Erstern ausschließen, weil derselbe die Erbschaft ihres Großvaters, auf dessen Testament er doch jetzt seinen Anspruch stütze, nicht angetreten habe.

Umgekehrt will ihr Oheim Ferdinand seine Nichte nicht als Miterbin anerkennen, weil ihr Vater, aus dessen Recht sie jetzt succediren wolle, noch während der Unmündigkeit der beiden Schwestern verstorben sei, also kein Recht auf seine Tochter habe transmittiren können.

CCCCLXXXI. In dem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente der Wittwe Bernhard lauteten der 3te, 4te und 5te Paragraph folgendermaßen:

„§. 3. Drittens verordne ich, daß mein obengenannter mündiger Sohn „Carl Gottlieb B. meinen gesammten Nachlaß, namentlich mein zu N. „gelegenes Haus sammt allen Ein- und Zubehörungen erben, haben „und erhalten und meiner oben gedachten Tochter Johanne Sophie B. „verehelichten Gruner Nichts weiter, als den ihr gesetzlich bestimmten „Pflichttheil geben und verabfolgen lassen soll.

„§. 4. Mein Sohn Carl Gottlieb B., als Universalerbe meines „gesammten Vermögens, hat 2 Monate nach meinem Tode folgende „Legate ohne Zinsen auszuzahlen:

„1) dem Sohne meiner genannten Tochter, Namens Johann Gott„fried Gustav Gruner, 200 Thlr. u. s. w.

„§. 5. Sollte mein Sohn Carl Gottlieb Bernhard, als Universal„erbe meines gesammten Vermögens, vor oder nach mir mit Tode ab„gehen, so will ich demselben in Betreff des von mir ererbten Ver„mögens meiner obengenannten Tochter Sohn, Namens Johann Gott„fried Gustav Gruner, hiermit pupillariter substituiren."

Der Universalerbe Carl Gottlieb B. erklärte sich nach dem Tode seiner Mutter bereit, das dem unmündigen Johann Gottfried Gustav G. ausgesetzte Legat von 200 Thlrn. an den Vormund desselben unter der Bedingung auszuzahlen, daß dieser Namens seines Pflegebefohlenen auf den großmütterlichen Nachlaß verzichte. Diese Verzichtleistung lehnte jedoch der Vormund ab und behielt seinem Mündel alle aus §. 5 des Testaments demselben zustehenden Rechte ausdrücklich vor. Unter Widerspruch gegen diesen Vorbehalt zahlte der Universalerbe die 200 Thlr. in's Gerichtsdepositum ein. In Folge davon kam es zwischen beiden Parteien zu einem rechtlichen Verfahren. In diesem verlangte der

Vormund des unmündigen G. die unbedingte Auszahlung des Legats, weil dasselbe pure ausgesetzt und unabhängig davon die Substitution seines Mündels festgesetzt sei.

Der Universalerbe B. entgegnete,

1) das fragliche Legat sei dem unmündigen Enkel der Erblasserin „Johann Gottfried G." ausgesetzt. Nun habe aber zufolge des Kirchenbuchs seine Schwester, die verehelichte G., nur zwei Söhne, deren einer Johann Gottfried Moritz G., der andre Gustav Adolph G. getauft worden. Der erstre sei zur Zeit der Testamentserrichtung bereits gestorben gewesen, der zweite lebe zwar noch, allein die im Testamente gebrauchten Taufnamen könnten nicht auf denselben, da er „Gustav Adolph G." heiße, bezogen werden und könne er mithin das Legat überhaupt nicht beanspruchen.

2) Die im Testamente getroffene Pupillarsubstitution sei als solche schon deshalb ungültig, weil er, B., bereits mündig gewesen, auch habe der Erblasserin ein Recht zur Pupillarsubstitution gar nicht zugestanden, da eine Mutter überhaupt ihren Kindern nicht pupillarisch substituiren könne. Die fragliche Disposition sei daher pro non scripta zu achten. Wollte man aber auch in dieser Pupillarsubstitution zugleich eine gültige Vulgarsubstitution finden, so würde dieselbe doch durch seinen, des Erben, Antritt der Erbschaft wegen deficirter Bedingung erledigt sein.

Für diese Behauptungen, daß nämlich die Substitution des unmündigen G. ungültig sei, sowohl wegen der auf ihn nicht passenden Bezeichnung, als der unpassend gewählten Form der Pupillarsubstitution, beruft sich B. auf

l. 9. pr. D. de hered. (28, 5.) Ulp.:

Quotiens volens alium scribere alium scripserit, in corpore hominis errans, veluti: frater meus, patronus meus, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, *neque eum, quem voluit, quoniam* scriptus non est —

und auf

l. 73 §. 3 D. de R. J. Q. Mucius Scaevola:

Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint (dieß sei hinsichtlich der verordneten Pupillarsubstitution der Fall), perinde sunt, ac si scripta non essent.

CCCCLXXXII. Der Hofbuchbinder Beck und dessen Ehefrau Dorothea zu M. errichteten wegen Krankheit des Erstern am 5. April 1806 ein gerichtliches Testament, worin sie verordneten, daß

1) ihre beiden Söhne Conrad und Heinrich Beck, sowie die Tochter ihres verstorbenen Sohnes Wilhelm Beck die Erben ihres gesammten Nachlasses sein sollten;

2) auf den Fall, daß ihre gedachte Enkelin ohne Leibeserben versterben würde, sollte der Erbantheil nicht an die Intestaterben, sondern auf ihre beiden Söhne oder deren Leibeserben zurückfallen;

3) bei Verloosung der in M. am Brunnen stehenden Gebäude sollte die Enkelin kein Loos einlegen, sondern diese Gebäude von unparteiischen Sachverständigen geschätzt und hiernach der dritte Theil des bestimmten

Werths derselben an Geld herausgegeben, die Gebäude hingegen unter die beiden Söhne verloost werden, wonach der herausfallende Sohn ebenfalls ein Dritttheil des Geldanschlags von demjenigen, welchem die Gebäude zufallen würden, herausbekommen sollte.

Der Hofbuchbinder Beck starb am Tage darauf und seine Wittwe blieb im Besitz des Vermögens.

Letztere trat jedoch mit Bestätigung der eben erwähnten Disposition im J. 1815 das im Testamente gedachte Wohnhaus ihren beiden Söhnen ab, behielt sich jedoch den lebenslänglichen Wohnsitz darin und 300 Gulden von dem auf 1800 Gulden taxirten Werthe des Hauses zu ihrer Disposition vor. Es wurde deshalb das Haus bei Gericht verloost und das Loos entschied für den Sohn Conrad Beck.

In der Folge übergab die Wittwe Beck außergerichtlich ihren Kindern und ihrer Enkelin auch das übrige Vermögen an Grundstücken, Scheuer und Mobilien.

Indessen starb die Enkelin Anna Dorothea Beck (die Tochter des verstorbenen Wilhelm Beck), am 4. December 1820 im 18. Jahre, und hinterließ ihre Mutter als alleinige Erbin.

Von dieser verlangten nunmehr Conrad und Heinrich Beck mit Berufung auf die Disposition vom 5. April 1806 die gesammte Erbschaft der verstorbenen Bruderstochter heraus.

Die Beklagte bemerkt hiergegen:

1) das ganze Testament sei formell ungültig, weil es bloß vor dem Amtmann Rath G., der gerade im Sterbehause zugegen gewesen und im Beisein von bloß 2 Zeugen errichtet worden.

2) Wenn auch das Testament im Uebrigen gelten könnte, so sei doch jedenfalls die darin enthaltene Pupillarsubstitution nichtig gewesen, weil

a) zu dem Testamente der unmündigen Enkelin drei Zeugen auf keinen Fall hätten ausreichen können;

b) da der verstorbene Wilhelm Beck seine eigene Oekonomie geführt habe, so sei die Enkelin auch nicht mehr in des Großvaters Gewalt gewesen.

3) Im äußersten Falle hätte die Pupillarsubstitution bis zum Jahre 1844 wirksam bleiben können, nicht aber bis zum Tode der Enkelin.

4) Umgekehrt behauptet die Beklagte, daß Kläger mit dem J. 1815, als in welchem ihnen von ihrer Großmutter das Wohnhaus übergeben worden sei, von den 1500 Gulden den dritten Theil ihrer Tochter herauszugeben verbunden gewesen, und bittet, jetzt die Kläger zur Zahlung derselben nebst Verzugszinsen seit 1815 anzuhalten.

---

§. 479.

CCCCLXXXIII. Der Knopfmacher Möller hatte einen Sohn, Carl, welcher sich mit der Wittwe Reichard verheirathete. Diese hatte aus erster Ehe zwei Töchter, Sophie und Ottilie.

Nachdem der Knopfmacher M., darauf auch sein Sohn und dessen Frau mit Tode abgegangen waren, machte die Wittwe des Knopfmachers

ein Testament, worin sie das einzige Kind aus der Ehe ihres Sohnes, die blödsinnige Enkelin Anna M., zur Universalerbin einsetzte, zugleich aber ihre (der Testirerin) Schwester, die Wittwe Morgenroth, nebst ihren drei Kindern unter der Bedingung substituirte, daß sie die blödsinnige Enkelin zu sich nähmen und verpflegten. Würde eines ihrer Erben dieser Verpflichtung sich entziehen, so solle es seines Antheils verlustig werden. — Am Schlusse war die clausula codicillaris beigefügt.

Nach dem Tode der Wittwe M. trat der Curator der blödsinnigen Enkelin die Erbschaft für dieselbe an. Nachdem auch diese einige Jahre später verstorben, traten ihre beiden mütterlichen Halbschwestern, Sophie und Ottilie Reichard, gegen die substituirten Schwesterkinder der Wittwe Möller mit dem Anspruche auf die Erbschaft der A. M. hervor.

Die Gültigkeit des großmütterlichen Testaments bestreiten sie, besonders weil darin sie, die Geschwister der Anna M., übergangen seien.

Höchstens könne ihnen dadurch der Nachlaß der Großmutter, der etwa 2000 Thlr. betrage, keinesfalls aber Dasjenige entzogen sein, was ihre Halbschwester von ihren Eltern (im Betrag von 2500 Thlrn.) und von ihrem Großvater (gegen 3000 Thlr.) geerbt.

Die Beklagten könnten schon deshalb sich auf jenes Testament nicht berufen, weil die eine derselben der Bedingung, „die Blödsinnige zu verpflegen," nicht nachgekommen sei.

Gegen die äußere Form des Testaments brachten die Kläger Nichts vor.

§. 481.

CCCCLXXXIV. Am 27. Januar 1842 errichteten der Wittwer Hofmann und dessen kinderlose Tochter, die geschiedene Frau Weiße, beide schon in hohem Alter und ihrer Auflösung nahe, vor dem Gerichte zu G. ein Testament und bestimmten darin in der Hauptsache Folgendes:

Was ihr beiderseitiges irdisches Vermögen anlange, so solle, — jedoch mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß dasjenige, was sie anordnen würden, nur nach ihrem beiderseitigen Ableben Gültigkeit erlangen und in Kraft treten solle, — Georg Braun zu N., da Pflichttheilsberechtigte nicht vorhanden seien, ihr gesammtes Vermögen als Universalerbe erhalten und sich dasselbe nach ihrem beiderseitigen Ableben als ein wohlerworbenes Eigenthum anmaßen. Es solle aber auch dieses Testament nicht eher publicirt werden, als bis der letzte von ihnen beiden das Zeitliche gesegnet habe, und nur dann erst die Dispositionen desselben Gültigkeit haben. — Auch war dem Testamente die Codicillarclausel angefügt.

Am 28. Januar 1842 verstarb Hofmann und am 9. Februar desselben Jahrs seine Tochter, die Weiße, diese jedoch hatte vorher am 30. Januar ein anderweites Testament vor demselben Gerichte errichtet und darin Folgendes bestimmt:

Da sie durch den am 28. Januar erfolgten Tod ihres Vaters die alleinige gesetzliche Erbin des gesammten nachgelassenen

Vermögens geworden sei und ihr der am 27. Januar mit ihrem Vater gemeinschaftlich ausgesprochene letzte Wille in einigen Punkten nicht gefalle, so wolle sie Einiges ergänzend und erläuternd anordnen, namentlich aber widerrufe sie feierlich die Einsetzung Braun's als Universalerben ihres und ihres Vaters sämmtlichen Vermögens, welches letztre ihr gehöre; sie bestimme vielmehr, daß ihr gesammtes Vermögen dem Bruder ihrer Mutter, Ernst Hellmann, als ihrem gesetzlichen Erben zufallen solle.

Am 24. Februar 1842 wurden die beiden vorgedachten Testamente eröffnet und publicirt. Dabei erklärte Braun, daß er das erste Testament anerkenne und demgemäß den Nachlaß aus demselben antreten wolle, das letzte Testament dagegen für ungültig erklären müsse.

In Folge dessen erhob Hellmann gegen Braun eine Erbschaftsklage dahin,

„daß das erste Testament vom 27. Januar nicht zu Recht beständig, „ihm vielmehr vermöge des Testaments vom 30. Januar der gesammte „Nachlaß der verstorbenen Weiße und ihres Vaters zustehe und von „Braun zu überlassen sei."

Er führte zur Begründung dieser Klage namentlich an, jenes erste Testament vom 27. Jaunar sei von Anfang an gänzlich ungültig gewesen, weil beide Testatoren, welche gegenseitig einer des andern Notherbe gewesen, sich gegenseitig weder instituirt, noch aus einem rechtmäßigen Grunde enterbt haben. Demnach sei der gesammte Nachlaß Hofmann's nach der gesetzlichen Erbfolge dessen Tochter, der Weiße, zugefallen; diese habe auch denselben als den ihrigen betrachtet und pro herede sich gerirt, jedoch durch das Testament vom 30. Januar das frühere widerrufen und ihn als ihren gesetzlichen Erben eingesetzt. Demnach sei er, Kläger, Erbe des gesammten Nachlasses der W. und ihres Vaters.

Hiergegen macht der Beklagte geltend

1) Die Unwiderruflichkeit correspectiver Testamente;

2) den unbedingten Antritt der Erbschaft ihres Vaters durch die verstorbene W., was Kläger in der Klage selbst angeführt habe und was auch aus dem spätern Testamente hervorgehe, indem sie darin sage, daß sie die alleinige gesetzliche Erbin ihres Vaters geworden sei.

3) Jedenfalls müsse dem Beklagten der Nachlaß Hofmann's als ein ihm hinterlassenes Fideicommiß verbleiben.

Entscheidung.

CCCCLXXXV. Die Ehegatten Ebner zu X. errichteten im Jahre 1833 ein gemeinschaftliches Testament, worin sie einander gegenseitig zu Erben einsetzten, ihrem Schwiegersohne Tümpel in §. 2 die Summe von 6000 Thlrn. vermachten, für den Fall aber, daß auch der überlebende Ehemann mit Tode abgehen werde, in folgender Weise disponirten:

„§. IV. — — substituiren wir uns unsern schon genannten, ge„liebten Schwiegersohn, den Herrn Advocaten Tümpel dergestalt und also, „daß derselbe nach unserm beiderseitigen Dahinscheiden den Gesammt-

„nachlaß des zuletzt verstorbenen Disponenten, worin dieser Nachlaß „auch alsdann bestehen möge, sogleich eigenthümlich erhalte, jedoch Le„gate, welche sich unter Hand und Siegel des zuletzt verstorbenen Uni„versalerben in dessen Verschluß etwa vorfinden, ebenso beachte, als „wenn sie in gegenwärtiger Verordnung enthalten wären.

„§. V. Sollte dieses Testament, worin ich Georg Ebner den Na„men des Legatars und die legirte Summe §. II. unsern substituirten „Universalerben betreffend eigenhändig eingetragen habe, als Testa„ment nicht gelten können, so wollen wir, daß es als Codicill be„stehen möge."

Nach dem Tode beider Ehegatten (von welchen der Mann zuletzt verstarb) setzte sich der Schwiegersohn T. in den Besitz des gesammten Nachlasses. Als Besitzer desselben wurde er jedoch von den Intestaterben des verstorbenen Ehemannes auf Herausgabe der Erbschaft belangt. Gegen das ihrem Anspruche entgegenstehende Testament bemerkten die Kläger:

1) dasselbe sei, soweit es den Nachlaß des Mannes betroffen, dadurch ungültig geworden, daß die eingesetzte Erbin vor dem Testator verstorben sei. Eine vulgaris substitutio könne hier nicht angenommen werden, weil dem Beklagten nirgends die Bezeichnung: Erbe beigelegt sei.

2) In Bezug auf den Nachlaß der Frau sei die Substitution des Beklagten durch den Erbschaftsantritt des Mannes unwirksam geworden. Sollte sie etwa als fideicommissarische Substitution aufrecht erhalten werden, so würde doch den Klägern als Erben des Fiduciarius der Abzug der quarta Trebellianica zustehen.

CCCCLXXXVI. Der Ackersmann Barthold Hanfried und seine Ehefrau errichteten nach einander zwei Testamente. Das erste im J. 1805. Darin war bestimmt, daß der Ueberlebende den gesammten ehelichen Erwerb eigenthümlich, von des Erstversterbenden in die Ehe gebrachtem Vermögen aber den lebenslänglichen Nießbrauch erhalten, dieses Vermögen übrigens jedem Ehegatten eigenthümlich verbleiben und an dessen testamentarische oder Intestaterben fallen solle.

Im zweiten Testamente sagten die Eheleute:

„Wir haben uns durch ein wechselseitiges Testament vom 3. Novbr. „1805 zu Erben unseres gesammten Nachlasses wechselseitig eingesetzt. „Dieses Testament soll in dieser Hinsicht in Kraft bleiben."

Während dagegen nach der ersten Willensordnung das von jedem Theile eingewandte Vermögen an dessen testamentarische oder Intestaterben fallen sollte, hieß es in dem zweiten Testamente weiter:

„Damit indessen nach unserem beiderseitigen tödtlichen Hintritte über „unser Vermögen keine Streitigkeiten entstehen mögen, so heben wir „das angezogene Testament insoweit auf, als wir darin über unsern „beiderseitigen Nachlaß, wie es damit nach unserem beiderseitigen Ab„leben gehalten werden soll, ausdrücklich verfügt haben, und bestimmen „statt jener Erbeinsetzung, da sich die Familienverhältnisse seit jener

„Zeit geändert haben, jetzt hinsichtlich dieses unseres wechselseitigen „Nachlasses Folgendes:

„1) Setzen wir zu Erben unseres Nachlasses folgende Personen ein: „A., B., C. und Marie G.“ u. s. w.

Im Folgenden waren diesen Erben zugleich ihre Erbtheile an Immobilien bestimmt ausgeworfen und verschiedene Vermächtnisse errichtet.

Nachdem im Jahre 1830 der Ehemann gestorben war, verkauft dessen Wittwe i. J. 1838 die von ihr herrührenden und der Marie G. zum Erbtheil in dem Testamente von 1830 ausgesetzten Immobilien an D. und dieser wieder an S. Als gegen S. später im Wege der Zwangsversteigerung jene Grundstücke veräußert werden, ersteht sie der Landwirth Schmidt.

Gegen diesen klagt nach dem Tode der Wittwe H. die Marie G. auf Abtretung der gedachten Grundstücke, indem sie behauptet, durch das zweite Testament von 1830 das Eigenthum an denselben erworben zu haben.

Ist diese Klage zulässig?

§. 483. 484.

CCCCLXXXVII. Die Eheleute Webel errichteten im J. 1824 ein gerichtliches Testament, worin sie unter Aufhebung der früher bei ihrer Verheirathung niedergeschriebenen Eheberedung festsetzten, daß derjenige von ihnen, welcher der Längstlebende bleiben würde, das gesammte Vermögen, es bestehe solches in eingebrachten, ererbten und erworbenen, gegenwärtigen oder künftigen Gegenständen, Zeit Lebens in Nutzen und Gebrauch behalten, auch davon, wenn nöthig, zu veräußern und überhaupt damit nach Gefallen zu schalten Fug und Macht haben solle, welches auch beide einer von dem andern dankbarlich acceptirten. Damit aber auch nach des Längstlebenden Tod wegen ihrer Habseligkeiten unter ihren vielen Verwandten keine Streitigkeiten entstehen möchten, so wurden vier Geschwisterkinder des Ehemannes und eine Schwester der Ehefrau zu Erben eingesetzt, auch für den Fall, daß vor der Antretung der Erbschaft einer oder der andre der Erben versterben sollte, wegen der Substitution, dahin Verordnung getroffen, daß

1) des Ehemannes genannte vier Geschwisterkinder und deren etwaige Erben sein ererbtes väterliches und mütterliches Vermögen, nicht minder

2) der Ehefrau Schwester und deren drei Kinder ebenfalls das elterliche Erbtheil vorausnehmen,

3) in den übrigen erworbenen Nachlaß aber diese Erben in zwei Theile dergestalt sich theilen sollen, daß des Mannes vier Erben ebensoviel, als den drei Erben der Frau bestimmt wird.

Daneben behalten beide Erblasser sich vor:

„Daß, wenn der Längstlebende ein oder das andere noch besonders zu „vermachen oder den Armen zum Beßten eine Stiftung zu errichten „gesonnen, solches mit diesem Testamente gleiche Verbündniß haben und „von den Erben nicht angefochten werden solle.“

Nachdem im J. 1828 die Ehefrau Wedel verstorben war, errichtete im J. 1829 der Wittwer W. eine andere gerichtliche Disposition des Inhalts:

„Da meine Ehefrau, Amalie geb. Hauser, mit Tode abge„gangen und meiner Frau Erben sich meiner bisher nicht angenom„men haben, sich meiner auch nicht annehmen können, hingegen meine „vier Erben bei meinem hohen Alter mich treulich unterstützt und sich „meiner angenommen haben, so will ich aus Erkenntlichkeit den drit„ten Punkt der mit meiner Ehefrau gemeinschaftlich errichteten Dis„position dahin aufheben und abändern, daß nach meinem Tode die „in der Ehe erworbenen Grundstücke meine Erben für sich allein mit „Ausschließung der Erben meiner Frau haben und behalten sollen, und „da auch die Erben meiner Frau an erworbenen Baarschaften 200 Thlr. „bereits empfangen haben, so sollen dieselben von den etwa noch vor„handenen Capitalien, ingleichen von demjenigen, was an Vieh, Früch„ten, Kleidung, Hausgeräth, Schiff und Geschirr im Hause befindlich, „ausgeschlossen sein und Alles dieses meinen Erben voraus zukommen, „wobei es sich von selbst versteht, daß es übrigens bei dem errichteten „Testamente, insofern ich solches hiermit nicht geändert habe, oder noch „in der Folge abändern werde, sein ledigliches Verbleiben hat."

Nach dem Tode Wedel's treten nun die Verwandten und Erben der Frau, die Geschwister Richter, gegen die Erben Wedel's auf, indem sie bitten, dieselben anzuweisen, daß sie dasjenige, was sie von der Mitdisponentin privativem elterlichen Vermögen noch unter sich hätten, an sie ausfolgen müßten.

In der Einredeschrift berufen sich die Beklagten auf die neuere Disposition Wedel's vom J. 1829.

CCCCLXXXVIII. Am 27. Juli 1838 hatte der Müller Haberfeld ein gerichtliches Testament errichtet, worin er seine Dienstmagd Catharina Schüler und seinen Dienstknecht Meier zu gleichen Theilen als seine Universalerben eingesetzt hatte, wobei der Erstern das Wohnhaus mit Hof und Garten, sowie $1/4$ Hufe Land zum Voraus vermacht war.

Nachdem der Testator sich später mit der genannten Dienstmagd verheirathet, errichtet derselbe am 7. Februar 1843 vor Gericht mit den beiden erwähnten Personen zwei Verträge, die als „Erbverträge" bezeichnet wurden. Darin sicherte er

1) (in dem einen Vertrage) seiner Ehefrau als unwiderrufliches Eigenthum nach seinem Tode mehrere näher bezeichnete Mobilien und Immobilien, u. A. das halbe Wohnhaus und $1/2$ Hufe Land, sowie 200 Thlr. baares Geld aus seinem Vermögen zu und zwar, wie es im Vertrage heißt,

„der Art, daß das Eigenthum der genannten Grundstücke und Sachen „nach meinem Tode sofort auf meine Ehefrau übergeht und meine „Intestaterben gehalten sein sollen, die 200 Thlr. aus der Erb„schaft derselben zu geben, und mache ich nur die einzige Bedingung,

„daß meine Ehefrau auf ihre Rechte hinsichtlich des ehelichen Erwerbs,
„der bis jetzt gemacht ist, verzichte,"

ferner sicherte er

2) (in dem andern Vertrage) dem genannten Dienstknechte ebenfalls als unwiderrufliches Eigenthum mehrere näher bezeichnete Grundstücke nach seinem, H's, Tode zu.

Die Ehefrau und der Dienstknecht acceptirten diese Zusicherungen und es wurden darauf beide Verträge gerichtlich bestätigt.

Nachdem H. am 25. Februar 1849 ohne Kinder verstorben war, nahmen die genannten Testamentserben dessen Nachlaß in Besitz.

Dieselben wurden jedoch im November 1849 von den beiden Brüdern des Erblassers, als dessen nächsten Intestaterben, auf Herausgabe des Nachlasses mit Ausnahme der in den angeführten Verträgen erwähnten Gegenstände verklagt. Die Kläger stützen sich dabei auf die vorstehenden Thatsachen, indem sie behaupten, das Testament vom 23. Juli 1834 sei am 7. Februar 1843 wieder aufgehoben worden und müsse daher die gesetzliche Erbfolge eintreten.

CCCCLXXXVIIIa. Der Amtmann B. zu O. überreichte dem dortigen Gericht am 21. Juni 1832 eine letztwillige Disposition, in welcher er seinen (mit ihm überall nicht verwandten) Hauswirth X. zum alleinigen Erben ernannte, diesem aber zwei an seine, des Disponenten, Brüder Carl und Andreas B. in O. zu zahlende Legate von je 500 Thlr. auflegte. Am 12. Juni 1836 forderte der Bruder Andreas die Auslieferung der gerichtsseitig deponirten nnd versiegelten Verfügung, zeigte eine von Notar und 2 Zeugen als eigenhändig von Amtmann B. vollzogen beglaubigte Vollmachtsurkunde vor, erhielt das verlangte Testament zurück und stellte es dem letzteren wieder zu. Als nun nach des Testators Tode dessen Hauswirth X. sich in Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, klagten die Brüder des Verstorbenen auf dessen Herausgabe und Anerkennung ihres Intestaterbrechts, wobei sie anführten, daß sie die einzigen nächsten Verwandten des Erblassers seien, das Testament aber durch die Zurücknahme seine Rechtsbeständigkeit verloren habe. Beklagter gab die gegnerische Angabe bezüglich des Verwandtschaftsverhältnisses als richtig zu, überlieferte das von den Gegnern rücksichtlich der Siegel und überhaupt als unverletzt und ächt anerkannte Testament dem Gerichte, welches dasselbe den Parteien publicirte, und behauptete, daß die Retradition des Testaments ohne Einwirkung auf dessen Bestand sei. Denn gleichwie die oblatio testamenti nicht per procuratorem erfolgen könne, so dürfe auch dessen Zurücknahme nicht anders geschehen, als wenn der Testator persönlich es herausverlange, und selbst wenn man dieses nicht annehmen wollte, so dürfe doch Derjenige, dessen Intestaterbrecht von der Retradition abhängig sei, für einen zulässigen procurator so wenig angesehn werden, als er bei Errichtung eines Testaments, in welchem er als Erbe eingesetzt sei, ein gültiger Zeuge sein könne. Zudem würde ein Widerruf des Testa-

ments immer erst nach Ablauf von 10 Jahren seit dem Zeitpunkte der Errichtung ein Testament ungültig machen.

Beklagter bestritt alles Dieses und setzte noch hinzu: sollte wirklich das Gericht die Urkunde dem Andreas D. nicht haben aushändigen dürfen, so sei nichtsdestoweniger durch sein entgegengesetztes Handeln dem Testamente alle Rechtsbeständigkeit genommen, die Sache liege hier nicht anders, als wenn ein Richter bei der Aufnahme eines zu Protocoll gegebenen letzten Willens einen Verstoß gegen eine wesentliche Formvorschrift begangen oder ein ihm übergebenes Testament bei Lebzeiten des Testators eröffnet hätte, oder aber ein Privattestament vor dem Tode desselben seiner Siegel beraubt wäre.

CCCCLXXXIX. Der Justizamtmann Hagen zu N. errichtete im J. 1831 ein Testament, worin er seine zwei verheiratheten Töchter, Ernestine, verehelichte Schmidt, und Cäcilie, verehelichte Bach, sowie seinen noch ledigen Sohn Georg zu gleichen Theilen als Erben einsetzte und dabei ausdrücklich seine beiden Töchter von aller Collationspflicht entband.

Nachdem im J. 1839 die älteste Tochter Ernestine mit Hinterlassung zweier Töchter, X. und Z., gestorben war, übergab H. im J. 1836 seinem Actuar ein testamentum holographum versiegelt, auf welches der Actuar setzte: „Des Herrn Justizamtmanns Hagen zu N. Testament, präsentirt den N'schen Amtsgerichten am 23. Februar 1836." — Am 9. Mai desselben Jahrs forderte H. dieses Testament zurück, fügte ein besonderes Blatt hinzu, schloß dieses mit dem Testamente in ein Couvert, versiegelte es und brachte es, kaum eine halbe Stunde darauf, in's Gericht zurück. Der Actuar schrieb auf das Couvert: „Das vorliegende Testament des Herrn Justizamtmanns Hagen wurde mir bei hiesigen Amtsgerichten präsentirt. N., den 9. Mai 1836."

In diesem Testamente hatte H. sein früheres Testament vom J. 1831 als nunmehr ungültig bezeichnet, weil in demselben die Kinder seiner Töchter X. und Z. nicht erwähnt seien, und verordnet, daß seine beiden Enkelinnen X. und Z. jedes einen Viertheil, der Sohn Georg ein Sechstel und Cäcilie das Uebrige des Nachlasses haben solle.

Im Jahre 1837 hatte er dieses Testament nochmals zurückgenommen und seitdem, auch nachdem er sein Amt niedergelegt, in seinem Verwahrsam uneröffnet behalten.

Als er im J. 1844 mit Tode abging, fand sich unter seinen Papieren das letzterwähnte Testament, auf dessen Couvert vom Testator geschrieben stand: „Sollte ich unvermuthet sterben, so soll das inliegende Testament das rechte Testament sein." Weiter stand noch darauf: „Testamen-„tum publicum ex sola repetitione ex judicio a testatore facta non cen-„setur revocatum cf. §. 7. Inst. quibus modis testamenta infirm. Ich „habe es auch nicht animo mutandi aus dem Gerichte zurückgefordert."

Außerdem fand sich sowohl das Testament vom J. 1831, welches im Gerichte zu W. deponirt war, bei demselben vor, als auch ein schrift-

licher Aufsatz des Testators vom 3. Juli 1844 (wenige Tage vor seinem Tode) datirt, welcher die Erfordernisse eines testamentum inter liberos besaß — und worin mit Bezug auf den erfolgten Tod der beiden Enkelinnen X. und Z. der Sohn Georg und die Tochter Cäcilie zu alleinigen Erben zu gleichen Theilen eingesetzt waren, ohne daß über die Collation Etwas erwähnt war.

Wie ist die Erbschaft unter diese beiden Erben zu vertheilen?

Kann auf Grund des ersten Testaments geltend gemacht werden, daß die Collation ausgeschlossen sei?

---

§. 483—494.

CCCCXC. Johann Heinrich Finster in Hof heirathete im Jahre 1784 die Tochter des Seilers Luchs, Christiane L. Daß diese Ehe nicht gegen den Willen des Letztern geschlossen sei, hatte derselbe in einem Schreiben an das Consistorium bezeugt, worin es hieß: „Daß die Trauung mit meiner Tochter Christiane und dem Finster geschehen mag, bescheinige andurch in Gottes Namen.“ Auch waren die F'schen Eheleute in Correspondenz mit L. geblieben und die einander gemachten Geschenke zeugten von einem so guten Vernehmen, wie es nur immer zwischen Eltern und Kindern Statt finden kann. Dessenungeachtet fand sich nach dem Tode des alten Luchs ein gerichtlich hinterlegtes Testament, vom 7. Mai 1788, worin folgende Disposition enthalten war:

„6) Meine Tochter Christiane betreffend, die den Johann Heinrich „Finster zu Hof geheirathet hat, aber nicht mit meinem Consens und „auf solche Art, wie sie es gemacht haben, welche dato noch keine „Leibeserben gezeugt hat, wenn sie aber noch einen Leibeserben bei „meiner Lebenszeit zeugte, so soll sie, wie meine andern Kinder, gleich „erben. Wenn sie aber keinen Leibeserben zeugt, so soll weder ihr, „noch ihrem Manne ihr zukommendes Erbtheil in ihre Hände gegeben „werden, sondern von meinen drei Töchtern, Marie Barbara, Catharine „und Anna, an einen sichern Ort geliehen und die Interessen alle „viertel oder halb Jahr ihr richtig gegeben werden. Wenn sie aber nach „Gottes Willen vor ihrem Manne stürbe, so soll dieser ihr ganzer „Erbtheil auf meine drei genannten Töchter oder ihre Kinder heimfallen. Wenn dagegen ihr Mann Finster vor ihr sterben sollte, so „muß man ihr sogleich diesen ihren ganzen Erbtheil wiedergeben und „aushändigen.“

Konnte dieses Testament umgestoßen werden?

a) als nichtig? oder

b) mit der querela inofficiosi testamenti?

c) oder aus Nov. 115?

CCCCXCI. A. starb mit Hinterlassung folgenden Testaments: „Ich setze meine vier Geschwister B., C., D., E. zu meinen Erben „ein; meinem Vater aber, der mich immer so schlecht behandelt hat,

„vermache ich nur 200 Gulden, um mein Testament aufrecht zu er-
„halten, welches aber jedenfalls, wenn es aus irgend einem Grunde
„nicht gültig sein sollte, als Codicill bestehen bleiben soll."

Das Vermögen des Erblassers beträgt 3000 Gulden. Der Vater greift das Testament an, weil er darin präterirt sei.

Was ist den eingesetzten Geschwistern, welche sich über die Antretung der Erbschaft noch nicht erklärt haben, zu thun rathsam?

CCCCXCII. Der Tischlermeister Lenz zu S. hatte seine Ehefrau zur Universalerbin eingesetzt und hatte noch hinzugefügt:

„Nach meinem Tode soll meine Ehefrau die zum Nachlasse gehörigen
„Grundstücke meinem Sohne Otto übergeben; auch soll der Ehemann
„meiner Tochter Johanna, der Schuhmacher Eduard Rockser, außer
„der schon erhaltenen Mitgift und Aussteuer noch 150 Thlr. erhalten."

Nach dem Tode des Vaters im J. 1841 wurde das Testament, welches gerichtlich deponirt war, sowohl von der Ehefrau als von dem Sohne und der damals 23jährigen Tochter anerkannt und der Letztern Ehemanne wurden die 150 Thlr. ausgezahlt.

Im April 1846 klagt jedoch die verehelichte Rockser gegen ihren Bruder Otto Lenz auf die Hälfte der Erbschaft, indem sie das erwähnte Testament als nichtig angreift, weil sie darin nicht zur Erbin auf den Pflichttheil eingesetzt sei.

Der Bruder vertheidigt die Gültigkeit des Testaments

1) damit, daß die 150 Thlr. dem Ehemanne der Klägerin nicht als sein Eigenthum, sondern als ein augmentum dotis, folglich im Grunde der Klägerin als dessen Frau hinterlassen seien. Die Mitgift aber habe 500 Thlr. betragen, Klägerin also mit Hinzurechnung der 150 Thlr. weit mehr als ihren Pflichttheil bekommen, da die ganze Erbschaft (was Klägerin einräumt) sich nicht über 3000 Thlr. belaufen habe.

2) Die Klägerin habe das Testament vor Gericht anerkannt und ihr Ehemann sich die 150 Thlr. auszahlen lassen.

3) Jedenfalls gelte die fragliche Disposition als testamentum parentum inter liberos und es stehe somit immer die väterliche Verfügung der Klägerin entgegen.

CCCCXCIII. Frau von Giebel, welche am 25. Juni 1825 mit Tode abging, hatte in ihrem am 16. Juli 1816 errichteten und gerichtlich aufbewahrten Testamente ihre beiden Söhne nebst ihrer Tochter, der verehelichten Traut, zu alleinigen Erben eingesetzt, jedoch dabei verordnet, daß die beiden Ersteren sich mit dem bereits bei Lebzeiten ihrer Mutter Empfangenen begnügen, die Letztere aber den gesammten übrigen Nachlaß erhalten solle.

Einer der beiden Söhne war mit Hinterlassung einer Tochter vor der Testatrix gestorben, von welcher Tochter im Testamente nicht die Rede war.

Nach dem Tode seiner Mutter trat nun der überlebende Sohn, Carl von G., mit einer hereditatis petitio ab intestato auf, indem er das erwähnte Testament als durch agnatio postumae rumpirt bezeichnete.

Die übergangene Enkelin der Erblasserin trat Anfangs diesem Verlangen ihres Oheims bei, sagte sich aber später vom Nachlasse unter der Bedingung los, daß ihre Tante Traut die übergebene eidliche Nachlaßspecification noch eidlich bestärke, welchem Verlangen diese auch nachkam.

Der Bruder, Carl v. G., beharrte jedoch bei seinem Anspruche auf die Intestaterbfolge.

Diesem Antrage widersprach die Schwester T. Ihr Anwalt beruft sich auf

l. 17 D. de injusto, rupto etc. (28, 3) Papinianus:

Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.

und auf

l. 14 pr. D. de legatis praestandis etc. (37, 5) Ulpianus:

Nonnunquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet jure secundum tabulas bonorum possessionis. Utputa heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus praeteritus; institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, praeteritus omisit: apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum Edictum non fuisset. *Nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro adficere, cum praeteritus jure suo non utatur.*

Dagegen macht ihr Bruder geltend:

1) das Testament sei nichtig, wofür er sich besonders auf Nov. 115 beruft;

2) die bonorum possessio contra tabulas könne auch von dem im Testamente eingesetzten Descendenten nachgesucht werden, wenn auch ein im Testamente übergangener Descendent nicht darum gebeten habe.

CCCCXCIV. Der Pfarrer Stein errichtete auf seinem Krankenbette ein Testament vor 7 Zeugen, in welchem er seine Ehefrau Ernestine Stein zur Universalerbin einsetzte mit der Bestimmung, daß dieselbe seinem Adoptivsohne Georg ein Legat von 200 Thlrn. auszahle. Seiner noch lebenden Mutter gedachte er in dem Testamente nicht.

Den erwähnten Georg hatte St., nachdem seine erste Ehefrau, von welcher er keine Kinder hatte, verstorben, da ihre Ehe kinderlos war, mit Einwilligung seines Vaters, des Schneiders F., eines entfernten Seitenverwandten von St., an Kindes Statt angenommen, indem er vor einem Notar und zwei Zeugen folgende Erklärung abgegeben:

„Hiermit erkläre ich den gegenwärtigen Georg F. für meinen Sohn „und adoptire ihn dergestalt, daß er dadurch alle die Rechte, welche

„leiblichen Kindern zustehen, erlange, namentlich also auch nach meinem „dereinstigen Tode mein einziger Erbe werde."

Der Vater, F., erklärte seinerseits, „er schätze sich glücklich, daß St. seinen Sohn an Kindes Statt angenommen und er entäußere sich aller seiner väterlichen Rechte auf denselben zu Gunsten des St." Der Sohn, Georg F., dankte für die Annahme an Kindes Statt.

Bei dem kurz nach Errichtung jenes Testamentes erfolgten Tode des Pfarrers Stein nahm seine Ehefrau Besitz von seinem Nachlasse.

Da keine leiblichen Kinder des Testators vorhanden sind, so glaubt die Mutter desselben zur Anfechtung des Testamentes berechtigt zu sein.

Auch der Adoptivsohn Georg will ein Notherbrecht geltend machen und ist der Ueberzeugung, daß er damit der Mutter des Testators vorgehen müsse.

Wie verhält es sich mit diesen beiden Ansprüchen?

CCCCXCV. Die Wittwe des Kaufmanns Weber hatte ein Testament errichtet, worin sie

1) die drei Kinder ihrer verstorbenen Tochter Sophie, verehelichten Schubert, Aurora, Helene und Charlotte Sch.,

2) zwei Enkel von derselben Tochter, Julius und Ferdinand Sch.,

3) drei Kinder ihres verstorbenen Sohnes, Martin, Adolph, Marie und Philipp Weber,

4) ihre Tochter Amalie verehelichte Bauer

als Erben, jedoch die unter 1—3 Genannten nur auf den Pflichttheil eingesetzt hatte.

Ihre Tochter, Albertine W. hatte sie enterbt, weil dieselbe, nachdem ihr mehrfache sehr vortheilhafte Heirathsanträge gemacht worden, die sie jedoch ausgeschlagen, endlich wider den Willen ihrer Mutter sich weit unter ihrem Stande mit dem X. verehelicht habe.

Nach dem Tode der Wittwe W. entsteht die Frage, wie der Pflichttheil der unter 1—3 Genannten zu berechnen sei.

CCCCXCVI. Nach dem Tode des 12jährigen Adolph Märcker erheben Anspruch auf dessen Nachlaß:

1) der Oheim desselben, Theodor M., indem er sich auf das Testament seines Bruders, des Vaters von dem verstorbenen Adolph M., beruft, in welchem der Letztere zum Universalerben eingesetzt, zugleich aber verordnet war, für den Fall, daß der damals 3jährige A. im unmündigen Alter versterben würde, solle dessen Nachlaß zu gleichen Theilen an Theodor M. und an Wilhelmine verwittwete M., die Mutter des Testators, fallen, an die Letztere jedoch nur unter der Bedingung, wenn sie alsdann nicht wieder verheirathet sei. — Diese Bedingung, bemerkt Theodor M., sei deficirt, da seine Mutter sich mit K. verheirathet habe.

2) die Großmutter des Adolph M., Wilhelmine, wieder verehelichte K. Diese glaubt, das erwähnte Testament umstoßen zu können, sowohl

hinsichtlich des väterlichen, als des mütterlichen Vermögens ihres Enkels Adolph, weil sie sowohl dessen, als seines Vaters Notherbin sei.

CCCCXCVII. Die Ehegatten H. haben ein gemeinschaftliches Testament errichtet, vermöge dessen

I) der von ihnen den andern Ueberlebende des zuerst Verstorbenen einziger Universalerbe sein und das ganze Vermögen unzertrennt behalten, auch mit Errichtung eines Inventars verschont bleiben solle;

II) der von ihnen den andern Ueberlebende für den Fall seines Absterbens die vorhandenen fünf Kinder in der Weise zu Erben eingesetzt hat, daß

a) die vier Kinder

Dorothee, verehelichte Winkler, Caroline, Eduard und Gustav

das ganze beiderseitige Vermögen zu gleichen Theilen erhalten sollen; dagegen

b) die Tochter Auguste, verwittwete L., bloß den Pflichttheil bekommen solle.

Da den testirenden Ehegatten einige Zweifel wegen der Gültigkeit dieses Testaments aufgestiegen sind, so fragen sie an,

1) ob dieses Testament nach dem Tode des einen Ehegatten umgestoßen werden könne? Für den Fall der Bejahung wünschen sie zu wissen,

2) wie das Testament auf eine zu Recht beständige Weise so einzurichten sei, daß der den andern überlebende Ehegatte den Besitz und Genuß des jetzt beiderseitigen Vermögens bis an seinen Tod mit Inbegriff des einem jeden Kinde gebührenden Pflichttheils ohne Verfertigung eines Inventars sicher behalte?

3) Ob eine derartige Veränderung des Testaments in einem Nachtrage zu dem bereits errichteten Testamente geschehen könne, oder ob zu diesem Zwecke ein anderes, neues Testament errichtet werden müsse?

Wie ist auf diese Fragen zu antworten?

CCCCXCVIII. In dem Testamente des Commissionsraths S. hieß es u. A.:

„Mein Sohn Ferdinand und meine Töchter Mathilde und So„phie sollen meine Universalerben sein. Meinem Sohn Georg setze „ich 1200 Thlr. als den ihm gebührenden Pflichttheil aus, doch soll „er dafür das mir gehörige auf 4700 Thlr. taxirte Haus in hiesiger „Stadt Nr. 396, nebst allen darin befindlichen Meubles, für die Summe „von 3000 Thlrn. haben.

„Meine Tochter Friederike verwittwete X. enterbe ich aus einem „Grunde, den ihr Gewissen ihr wohl nennen wird. Aus Schonung „gegen sie will ich den Grund hier nicht nennen; sollte sie sich jedoch „damit noch nicht zufrieden geben, so soll ein von mir an meinen „Sohn Ferdinand adressirter Brief — jedoch nur in diesem Falle —

„eröffnet werden, in welchem ich das Vergehen meiner Tochter ge„nannt und die nöthigen Beweismittel angegeben habe.“

Als S. darauf starb, hinterließ er ein Vermögen von 14400 Thlrn. incl. des Hauses, und dieser Nachlaß wurde von den drei zuerst genannten Kindern auf Grund des von ihnen anerkannten Testamentes in Besitz genommen.

Gegen denselben tritt auf

1) der auf den Pflichttheil gesetzte Sohn Georg, indem er

a) das Testament als nichtig angreift, weil er darin nicht als Erbe eingesetzt sei,

b) jedenfalls Ergänzung seines Pflichttheils fordert, da dieser 1440 Thaler betrage, sowie

c) die Ueberlassung des Hauses für 3000 Thlr.

Die beklagten Erben behaupten, sein Pflichttheil betrage nur ein Zwölftel der Erbschaft, also 1200 Thlr.; wenn ihm jedoch mehr gebühre, so sei ihm dieß durch die Bestimmung gewährt, daß er das Haus, welches auf 4700 Thlr. taxirt sei, für 3000 Thlr. erhalten solle. Keinesfalls könne er zugleich Beides, Ergänzung und Ueberlassung des Hauses für obige Summe fordern;

2) die Mutter des Testators, welche von der kurz nach dem Testator verstorbenen Tochter Friederike zur alleinigen Erbin eingesetzt war und die Erbschaft angetreten hatte. Sie greift im Namen derselben und als ihre Erbin das Testament als formell nichtig an, weil im Testamente selbst der Enterbungsgrund nicht genannt sei. Eventuell beantragt sie Eröffnung des fraglichen Briefs.

Die Beklagten wollen sich auch dazu nicht verstehen. —

CCCCXCVIII a. Die Wittwe des Kaufmanns D. in A. starb mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem sie ihre Tochter Caroline und die Kinder ihres Sohnes, des Kaufmanns Heinrich D. in A. dergestalt zu Erben eingesetzt hatte, daß $^1/_2$ ihres Nachlasses der Tochter, $^1/_2$ den Enkeln zufallen sollte. Ihren Sohn hatte sie enterbt, „weil er gänzlich unter der Herrschaft seiner Ehefrau, einer putz- und genußsüchtigen, verschwenderischen Person stehe.“ Es war aber weiter verordnet, daß dem gedachten Sohne der lebenslängliche Nießbrauch an dem, was seine Kinder erhalten würden, zustehen solle, nicht jedoch die Verwaltung dieses Vermögenstheils, zu welcher vielmehr ein Curator zu bestellen sei. Heinrich D. wünscht nun ein Rechtsgutachten darüber zu haben, ob er sich diese Disposition gefallen zu lassen brauche, bekennt dabei, daß der im Testamente seiner Ehefrau gemachte Vorwurf nicht ungegründet erscheinen möchte, bemerkt jedoch, ihm sei gesagt, daß s. g. Enterbungen in guter Absicht heut' zu Tage gar keine Gültigkeit haben, oder doch wenigstens nur unter gewissen, im römischen Rechte genannten, im Testamente seiner Mutter aber nicht angeführten Gründen, die in der Person des zu Enterbenden, nicht aber in der Person Dritter liegen müssen. Dazu komme, daß seine Mutter mit seiner Ehefrau in Feindschaft gelebt und wenige Minuten

vor der Testamentserrichtnng zu verschiedenen Personen gesagt habe, sie werde so testiren, „daß ihre unausstehliche und vornehme Schwiegertochtochter den Kopf darüber werde hängen lassen." Dieses könne bündigst bewiesen werden.

CCCCLXCIX. Johann Gottlieb Cramer war im Februar 1841 zu L. verstorben mit Hinterlassung eines Testamentes, worin seine Ehefrau und seine drei Söhne zu Erben eingesetzt waren.

Die hierher gehörigen §§. des Testamentes lauteten so:

„2) Ich setze zu meinem Nachlasse

a) meine Ehefrau Christiane L.,

b) meine in früherer Ehe erzeugten drei Söhne, Theodor, Albert und Otto,

als wahre und alleinige Erben dergestalt ein, daß gedachte meine Ehefrau sich meines sämmtlichen Nachlasses — — anmaaßen nnd darüber wie über ihr wohlerworbenes Eigenthum schalten, walten und gebahren solle uud möge, davon aber

3) an gedachte meine Söhne den denselben nach den Gesetzen zukommenden Pflichttheil auszahlen soll. Dabei sollen sich aber meine Söhne das bei meinen Lebzeiten erhaltene Vermögen, das bei jedem wenigstens 500 Thlr. beträgt, anrechnen lassen."

An die Stelle des einen noch vor dem Vater verstorbenen Sohnes waren inzwischen dessen noch unmündige Kinder getreten.

Auf Antrag der Vormünder vom Gerichte dazu veranlaßt, reichte nun die im Besitze der Verlassenschaft, insbesondere des Erbhauses sich befindende Wittwe des Erblassers ein Nachlaßverzeichniß ein, es erfolgte ein Monitenverfahren und hierbei trugen die genannten Descendenten als Miterben auf gemeinschaftliche Beleihung mit dem Erbhause und demnächst, zur Ermittlung des wahren Werths gegenüber der im Nachlasse aufgestellten Taxe, auf Subhastation dieses Hauses, sowie auf Rechnungsablegung über dessen Verwaltung von Seiten der Wittwe an.

Die Letztere widerspricht diesen Anträgen, auf §. 2 des Testaments sich stützend, und hält sich nur für verpflichtet, das noch an dem Pflichttheile Fehlende auszuzahlen; der sonach schuldige Betrag aber soll durch eine eidliche Specification oder durch Taxation ermittelt werden.

Ist der Antrag ihrer Miterben begründet?

D. Der Landwirth Z. und dessen Ehefrau errichteten am 15. Mai 1843 ein gerichtliches Testament, in welchem sie ihre Kinder: Valentin, Jacob, Elisabeth und Anna zu Erben einsetzten mit den weiteren Bestimmungen, daß der Sohn Valentin Z. das sämmtliche bewegliche und unbewegliche Vermögen erhalten und den Geschwistern bestimmte Erbtheile herauszahlen solle. Insbesondere hieß es im §. 3 des Testaments:

„Ferner ist derselbe (der Sohn Valentin) verbunden, unsern übrigen „Kindern folgende Erbtheile auszuzahlen:

„1) seinem Bruder Jacob (der bereits an Studienkosten über „2000 Thlr. gebraucht und solche in die Erbmasse nicht einzuwerfen „hat) einhundert Thaler, zahlbar in zwei Jahren nach unserm Tode"
und im §. 4:

„Der überlebende Ehegatte behält das beiderseitige Vermögen noch „zwei Jahre und giebt es dann unserm Sohne Valentin, läßt na- „mentlich demselben über die ihm zustehenden Immobilien einen Ansatz- „brief errichten und erhält dagegen von demselben einen dem Vermögen „gemäßen und ortsüblichen Auszug mit Nothgeld, den er sich bestimmen „kann. Die übrigen Kinder erhalten nur die ihnen ausgeworfenen „Erbportionen."

Nach dem hierauf im J. 1842 erfolgten Tode des Testators wurden dem Sohne Valentin die hinterlassenen Immobilien des Erstern gerichtlich zugeschrieben, er nahm dessen Nachlaß in Besitz und zahlte auch seinem Bruder Jacob die diesem ausgesetzten 100 Thlr. aus.

Hierauf erhob der Letztere, Jacob Z., gegen seinen Bruder Valentin eine Klage, indem er unter Darlegung obiger Verhältnisse behauptete, er sei, da der väterliche Nachlaß zur Zeit des Todes des Vaters mindestens 8000 Thlr. betragen habe, in seinem Pflichttheile verletzt, welcher, wenn der Nachlaß damals auch nur 8000 Thlr. betragen, in 666²/₃ Thlr. bestehen würde und der Verklagte sei verpflichtet, den Pflichttheil nach Verhältniß des väterlichen Vermögens zur Zeit des Todes des Vaters zu ergänzen. Die Summe, um welche er verletzt sei, bestehe in 616²/₃ Thlrn., indem von dem ihm zugewendeten 100 Thlrn. der Betrag von 50 Thlrn. als ihm von seiner Mutter Vermögen zufallend betrachtet werden müsse. Auch hätten die im Testamente erwähnten Studienkosten kaum 800 Thlr. betragen und könnten auf den Pflichttheil nicht angerechnet werden. Der Kläger bat daher, den Verklagten schuldig zu erkennen, daß er die väterliche Erbschaft vollständig verzeichne, das Verzeichniß eidlich bestärke und nach Ermittlung des Vermögensbestands ihm seinen Pflichttheil nebst Nutzungen und Zinsen herausgebe.

Der Verklagte schützte hiergegen vor: 1) die Klage hätte auch gegen die übrigen Miterben gerichtet werden müssen.

2) Kläger habe das Testament mehrfach anerkannt und dadurch auf Ergänzung seines Pflichttheils verzichtet, indem er zu verschiedenen Zeiten in Stückzahlungen die ihm ausgeworfenen 100 Thlr. erhalten und bei jeder Zahlung quittirt, daß er dieselbe auf sein testamentarisches Vermögen erhalten habe.

3) Von Studienkosten des Klägers könne eigentlich keine Rede sein, indem derselbe niemals eine Universität, sondern nur ein Forstinstitut besucht und daselbst die im Testamente erwähnten 2000 Thaler verbraucht habe.

4) Kläger habe außer den fraglichen 100 Thlrn. noch verschiedene (näher angegebene) Gegenstände und Früchte im Gesammtwerthe von 104 Thlrn. vom Verklagten erhalten, welche er in Anrechnung bringen müsse. Die sonstigen Behauptungen Klägers wurden zugegeben.

Hierauf replicirte Kläger, indem er zugleich den Empfang der Gegenstände im Werth von 104 Thlrn. läugnete, —

1) der Verklagte sei allein Universalerbe und Repräsentant des Erblassers; die beiden Schwestern seien nur als heredes ex re certa und mithin in der fraglichen Beziehung nur als Legatare zu behandeln. Die Verletzung liege nur in der Erbportion des Verklagten.

2) bei Empfang der Stückzahlungen habe er jedesmal erklärt, daß er mit dem Ausgeworfenen nicht zufrieden sei, sondern seinen Pflichttheil anspreche. —

Wie ist hierauf zu erkennen?

DI. Julius Meusel hatte in seinem bei Gericht deponirten und nach des Testators Tode am 15. October 1845 eröffneten Testamente seine 5 Kinder, eins aus erster, drei aus zweiter und eins aus dritter Ehe, als alleinige Erben eingesetzt. Dabei hätte er bestimmt, der Sohn erster Ehe solle als seinen Erbtheil dasjenige erhalten, was er bereits von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten mittelbar oder unmittelbar erhalten, und was einschließlich seines mütterlichen Erbtheils, den er längst ausgezahlt erhalten, weit mehr als 15000 Thlr. betrage, mithin sowohl den ganzen jetzigen Nachlaß, als das gesammte Einbringen der ersten Ehefrau des Erblassers übersteige. Mit diesem im Voraus empfangenen Betrage solle demnach der Sohn erster Ehe hinsichtlich aller seiner Ansprüche an den Nachlaß des Erblassers abgefunden sein und sich dabei begnügen, weßhalb er, im Falle er hiermit nicht zufrieden sein, sondern dieses Testament anfechten würde, jedenfalls auf den Pflichttheil gesetzt sein solle. — Dagegen sollte der Sohn dritter Ehe, Bernhard M., als sein Erbtheil diejenigen 3000 Thlr. erhalten, welche auf dem Rittergute B. hypothekarisch hafteten. Alles übrige noch zu dem Nachlasse Gehörige sollten die 3 Kinder zweiter Ehe erhalten.

In einem von dem betreffenden Gerichte mit den genannten Erben abgehaltenen Verhörstermine wurde der Nachlaßbestand von sämmtlichen Erbintereſſen in folgender Weise zusammengestellt:

1) 15000 Thlr. Conferendum des Miterben Eduard M.,
2) 838 Thlr. 20 Sgr. 10 Pf. an baar vorhandenem Gelde,
3) 523 Thlr. als Erlös der verkauften Nachlaßmobilien,
4) 7450 Thlr. Darlehnsforderung an den Klempnermeister Korn in C.,
5) 1234 Thlr. Forderung an den Postmeister P. in W.,
6) 3000 Thlr., welche auf dem Rittergut R. hypothekarisch haften,
7) 3000 Thlr. Darlehnsforderung an die herzogliche Landesbank zu A.

Die unter 1) erwähnte Summe von 15000 Thlrn. hatte Eduard M. unter der Bedingung zu conferiren sich bereit erklärt, wenn sein Bruder und Miterbe Bernhard M. mit dem ihm zugewiesenen Erbtheil von 3000 Thlrn. sich begnügen wolle. Der letztgenannte Miterbe war jedoch mit dieser ihm angewiesenen Summe nicht zufrieden, sondern erhob gegen

seine Miterben Klage auf Ergänzung des ihm verkürzten Pflichttheils. Da nämlich der Betrag des gesammten Nachlasses sich auf 31045 Thlr. 20 Sgr. 10 Pf. belaufe, so betrage sein Intestaterbtheil 6209 Thlr. 4 Sgr. 2 Pf., also sein Pflichttheil 3104 Thlr. 17 Sgr. 1 Pf. Es seien ihm daher von seinen Miterben die an seinem Pflichttheile fehlenden 104 Thlr. 17 Sgr. 1 Pf. noch zu gewähren.

DII. Eine Mutter hatte drei Töchter. Die eine derselben, Amalie, machte ein Testament und setzte darin ihre Mutter „zum Pflichttheile" als Erbin ein, die andre Schwester, Ottilie, für den Rest der Erbschaft, die dritte Schwester, Rosamunde, überging sie ganz. Der Nachlaß betrug 6654 Thlr. Von diesem verlangt die Mutter ein Dritttheil, also 2218 Thlr. Die Erbin Ottilie will ihr jedoch nur den neunten Theil, also $739^1/_3$ Thlr., gewähren.

Entscheidung.

DIII. Ernst Vogt hatte in seinem Testamente seine noch lebenden drei Töchter, die von ihm einen Brautschatz erhalten hatten, und eine Enkelin, Dorothee W., deren verstorbene Mutter (eine Tochter des Testators) gleichfalls von ihm dotirt war, dergestalt als Erbinnen eingesetzt, daß von den ersten dreien jedes die Summe von 4500 Thlrn., seine Enkelin Dorothee W. dagegen 1200 Thlr. haben sollte. Wer von diesen Erbinnen mit dem ihm ausgesetzten Erbtheil nicht zufrieden sein würde, solle auf den Pflichttheil beschränkt sein und derselbe solle nach dem Tode der Erbin an die alsdann noch lebenden Miterbinnen oder deren Kinder fallen.

Der Nachlaß betrug 14700 Thlr. Die Enkelin Dorothee W. erklärte, daß sie mit dem im Testamente ihr Hinterlassenen sich nicht begnügen könne, dasselbe betrage nicht einmal den ihr gebührenden Pflichttheil. Ueberdieß sei auch das Testament schon deshalb ungültig, weil der eventuell hinterlassene Pflichttheil mit einer Auflage belegt sei.

Die drei Miterbinnen behaupten dagegen, daß die der Dorothee W. ausgesetzte Summe mit Hinzurechnung des Brautschatzes ihrer Mutter, welcher 1100 Thlr. betragen hatte, den Pflichttheil weit übersteige.

Die Gegnerin will jedoch eine solche Anrechnung des mütterlichen Brautschatzes nicht anerkennen.

Muß sie mit dem ihr Hinterlassenen sich begnügen?

DIV. In dem Testamente des D. waren zu Erben eingesetzt

1) der älteste Sohn seines verstorbenen Bruders A. auf ein Zwölftel der Erbschaft,

2) der X. auf ein Sechstel des Nachlasses,

3) die Schwester des X., die O., auf den gesammten übrigen Nachlaß.

Nach dem Tode des D. will dessen Bruder F. das Testament als inofficiosum test. anfechten, weil die darin eingesetzte Schwester des X. eine turpis persona sei.

Kann er auf Grund dieser Behauptung gegen alle drei eingesetzte Erben klagen?

Welche Wirkungen hat es, wenn er mit seiner Klage durchdringt?

Verliert die O. Alles, was ihr hinterlassen ist?

Es melden sich als Intestaterben auch zwei Söhne einer verstorbenen Schwester des Testators, U. und T. Haben auch diese Anspruch auf das von der O. Herauszugebende?

DV. Der am 10. September 1844 ohne Descendenten verstorbene Karl Gottlob Lieber hatte in seinem mit seiner Ehefrau gemeinschaftlich errichteten Testamente die Letztere zur alleinigen Erbin eingesetzt, seine Mutter aber übergangen. Zum Schlusse des Testaments hieß es:

„Sollte aber dieses Testament als ein förmliches nicht angesehen „werden, so wollen wir, daß dasselbe als ein Codicill, Fideicommiß, „Schenkung auf den Todesfall oder jede andere weniger Solennitäten „bedürfende letzte Willensmeinung, oder wie es sonst bei Kräften er„halten werden kann, gelte."

Kurz vor seinem Tode hatte er auch noch gegen seine Ehefrau anerkannt, daß eine Summe von 2500 Thlrn., welche er von einem Dritten, dem X., zu fordern hatte, aus dem Vermögen seiner Frau herrühre und dieser nach seinem Tode gebühre, was dieselbe acceptirt hatte. Nachdem die Frau die Erbschaft angetreten hatte und dann gleichfalls gestorben war, klagte die Mutter des verstorbenen Ehemanns als einzige Intestaterbin desselben gegen zwei im Besitze des Nachlasses ihrer Schwiegertochter befindliche Erben derselben auf Herausgabe des mit Einschluß jener 2500 Thlr. auf 5100 Thlr. anzuschlagenden Nachlasses ihres Sohnes, des Karl Gottlob Lieber. — Die Beklagten widersprachen und bezogen sich theils auf das erwähnte Testament, theils auf das gedachte Anerkenntniß des Erblassers.

Die Klägerin entgegnet:

1) das angeführte Testament sei wegen Präterition der Mutter nichtig und könne auch durch die angehängte Codicillarclausel nicht aufrecht erhalten werden:

l. 13 D. de inoff. testam. (5. 2) Scaevola:

Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit; eodem testamento ita cavit: *Ea omnia, quae supra dari, fierive jussi, ea dari, fieri volo ab omni herede, bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure ab intestato. Item quae dari fieri jussero, ea uti dentur fiantque fidei ejus committo.* Quaesitum est, si soror Centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur? Respondi: Si hoc quaeratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi: *posse.* Paulus notat; probat autem, *nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.*

Insbesondere aber stehe hier die Fassung jener Clausel einer solchen Aufrechterhaltung entgegen, da in derselben bloß die Absicht ausgesprochen sei, daß etwaige Mängel in den äußern Solennitäten der Gültigkeit des Testaments keinen Eintrag thun sollen.

2) Jedenfalls müsse ihr Pflichttheil und die quarta Trebellianica von dem Nachlasse mit Hinzurechnung der 2500 Thlr., welche ihr Sohn von X. zu fordern gehabt, berechnet werden; denn jenes Bekenntniß zu Gunsten seiner Frau habe nicht in Wahrheit beruht, da jene Forderung gar nicht aus dem Vermögen der Ehefrau hergerührt; mithin sei dieß eine Schenkung und zwar, da Lieber zur Zeit der Testamentserrichtung i. J. 1843 außer jenen 2500 Thlrn. nur noch 500 Thlr. im Vermögen gehabt, eine inofficiosa donatio gewesen. Daran werde auch durch den Umstand, daß der Erblasser später noch vor seinem Tode im Juli 1844 die Summe von 2100 Thlrn. ererbt habe, um so weniger Etwas geändert, als auch mit dieser Vermehrung der nach Abzug jener 2500 Thlr. bleibende Rest nicht für die quarta Trebellianica und den Pflichttheil zugleich hinreiche.

Des Beweises der in jenem Bekenntniß versteckten donatio sei sie durch die s. g. praesumtio Muciana überhoben und müsse ihre Behauptung so lange als wahr gelten, bis die Beklagten das Gegentheil erwiesen haben würden.

DVI. Georg Cloos und seine Ehefrau übergaben im J. 1812 ihrem Sohne Peter Cloos bei dessen Verheirathung ihr Gut und ihre sämmtlichen Grundstücke im Anschlage von 7000 Fl., wovon der Bräutigam zu seiner Einrichtung 1000 Fl. behalten und ebensoviel seinen beiden verheiratheten Schwestern zu gleichen Theilen zahlen, nach Uebertragung des Eigenthums auf ihn aber der Rest von 5000 Fl. unter alle fünf Geschwister gleich vertheilt werden solle.

Im Jahre 1826 errichten sodann beide Eheleute Cloos zwei Testamente, und jedes verordnet in dem seinigen, daß ihr verheiratheter Sohn Peter von ihrem Vermögen Nichts haben solle, weil sich derselbe gegen seine Eltern so sehr schlecht aufgeführt und gar nicht kindlich betragen habe.

Zum Schlusse war dem Testamente die Codicillarclausel angehängt.

Im J. 1829 klagt Peter Cloos, nachdem seine beiden Eltern gestorben waren, gegen seine vier Schwestern, welche sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt und denselben unter sich vertheilt hatten, auf Herausgabe seines vollen Kindestheils, indem er das erwähnte Testament als null und nichtig angreift.

Die Beklagten berufen sich hiergegen auf die dem Testamente angehängte codicillarische Clausel, und glauben, dem Kläger äußersten Falls zur Gewährung der Trebellianischen Quart und des Pflichttheils verbunden zu sein.

Entscheidung.

DVII. Die Geschwister Clauber klagen gegen ihre Stiefmutter, indem sie sich auf folgende Thatsachen stützen:

Der Vater der Kläger habe zu O. ein im J. 1817 um den Preis von 1465 Thlrn. erkauftes Bauerngut in Lehn und Würden besessen.

Am 25. Mai 1837 habe er dieses Bauerngut, das incl. des Zubehörs und Inventars damals mindestens den vorgedachten Werth wirklich gehabt habe, mit allen Ein- und Zubehörungen und mit dem Inventar unter dem Titel eines Kaufes an die Beklagte aus bloßer Freigebigkeit um 1300 Thlr. überlassen, und überdieß über die Kaufgelder so verfügt, daß er, nach Abzug seiner von ihm selbst auf 693 Thlr. angegebenen Passivschulden, 400 Thlr. von den Kaufgeldern an seine Ehefrau, die Beklagte, als Einbringen überlassen, obgleich diese ihm gar Nichts zugebracht habe.

An demselben 27. Mai 1837 sei der Vater der Kläger unter Hinterlassung der Kläger als einziger Intestaterben verstorben, und sein Nachlaß sei von der Beklagten als in 6 Thlrn. 19 Sgr. 2 Pf. bestehend angegeben, das Bauerngut dagegen von ihr in ausschließlichen Besitz genommen worden.

Nun habe aber zur Zeit der vorgeblich käuflichen Ueberlassung des Bauernguts an die Beklagte des Vaters Vermögen in dem einen Werth von mindestens 1465 Thlrn. habenden Bauerngute, daher nach Abzug der Passivschulden von 693 Thlrn. in 772 Thlrn. und mit Hinzurechnung seiner hinterlassenen Effekten im angeblichen Werthe von 6 Thalern 19 Sgr. 2 Pf. in

778 Thlrn. 19 Sgr. 2 Pf.

bestanden.

Ueber diesen Vermögensbestand habe der Erblasser auf völlig unbeschränkte Weise nur zu zwei Dritttheilen verfügen können, da das andre Drittel den Klägern als Pflichttheil zustehe. Kläger seien daher durch jene Veräußerung absichtlich um den gesetzlichen Antheil an ihrem Vermögen gebracht worden, da nicht nur der Kaufpreis schenkungsweise um 165 Thlr. unter dem wahren Werthe bestimmt worden, sondern auch 400 Thlr. der Beklagten als vorgebliches Einbringen überlassen, in der That aber geschenkt worden seien.

Kläger bitten daher, daß der Kauf für ungültig erklärt und die Beklagte verurtheilt werden möge, das Bauerngut an die Kläger abzutreten — eventuell, daß sie aus dem von ihrem verstorbenen Ehemanne erhaltenen Vermögen den Klägern den ihnen an desselben Vermögensbestande von 778 Thlrn. 19 Sgr. 2 Pf. gebührenden Pflichttheil, nebst Zinsen des Verzugs von Zeit der erhobenen Klage an, jedoch nach Abzug der antheiligen Begräbnißkosten, bezahle — oder das erwähnte Bauerngut zu einem ihrer Legitima entsprechenden Antheile nebst den von Zeit der erhobenen Klage an gezogenen Nutzungen mit dem vorgedachten Abzuge abtrete.

Die Beklagte läugnet, daß das fragliche Gut mehr werth gewesen, als der Kaufpreis dafür betragen, und stellt auch in Abrede, daß der Erblasser fälschlich 400 Thlr. der Beklagten als Einbringen angerechnet habe, da sie sogar 600 Thlr. eingebracht habe; keinesfalls habe er

die Absicht gehabt, die Kläger im Pflichttheil zu beschränken. Auch greift sie die Zulässigkeit der Klage an, weil auf Rescission des Kaufs geklagt worden sei.

Inwieweit ist die Klage zulässig?

Wie ist die Beweislast zu bestimmen?

Worauf ist der Beweis zu richten?

DVIII. Am 28. November 1846 reichten Karl Georg Zink und seine Schwester Kunigunde verehelichte Bauer gegen ihren Neffen Franz Rudolph eine Klage ein auf Rescission eines i. J. 1844 zwischen dem gemeinschaftlichen Erblasser der Kläger, ihrem damals 65 Jahre alten Bruder Wilhelm Zink und dem Beklagten abgeschlossenen Grundstückskaufes. Sie suchten die Klage in folgender Weise zu begründen:

1) Der Verkäufer sei durch dieses Kaufgeschäft weit über die Hälfte des wahren Werthes des an Beklagten um 1700 Thlr. und eine lebenslängliche Rente von 50 Thlrn. verkauften Grundstücks verletzt worden, indem dasselbe bei Anstellung der Klage und zu jeder andern Zeit vorher wenigstens einen Werth von 6000 Thlrn. gehabt habe, wobei Kläger unter Anderem bemerkten, daß sie zwar nach des Verkäufers Tode als Erben desselben von dem Beklagten 75 Thlr. auf die Kaufsumme ausgezahlt erhalten und angenommen hätten, solches Alles jedoch nur salvo jure und mit Vorbehalt aller ihrer gegenwärtig klagbar gemachten Rechte geschehen sei.

2) Das gedachte angebliche Kaufgeschäft sei auch aus dem Grunde anzufechten, weil dadurch das Vermögen ihres Erblassers so sehr vermindert worden, daß davon nicht einmal der den Klägern gebührende Pflichttheil übrig geblieben sei, folglich das fragliche Rechtsgeschäft sich als donatio oder emtio venditio inofficiosa darstelle. Um dieß zu erweisen, war der Klage eine Berechnung des Nachlasses beigefügt, wonach Jedem, bei Einrechnung der vom Erblasser der klagenden Schwester bestellten dos von 300 Thlrn., sowohl ihr, als ihrem Bruder am Pflichttheile die Summe von 800 Thlrn. fehlte. —

In der Einlassungsschrift des Beklagten wurde der um 1700 Thlr. geschehene Kauf des Grundstücks zugegeben, gegen den erhobenen Anspruch aber eingewandt:

ad 1. Die Anfechtung wegen laesio enormis sei nicht nur überhaupt bei einem Kaufgeschäft zwischen Verwandten, sondern auch hier insbesondere deshalb unanwendbar, weil

a) die Gegenleistung des Beklagten eine unbestimmbare gewesen, welche, wenn der Verkäufer noch 30 Jahre gelebt hätte, den Betrag von 3200 Thlrn. erreicht haben würde;

b) weil Kläger eingeständlich 2 Jahre nach abgeschlossenem Kaufe Kaufgelder vom Beklagten ausgezahlt erhalten und angenommen. Der dabei von den Klägern erklärte Vorbehalt sei als eine protestatio facto contraria ganz wirkungslos gewesen.

ad 2. Die Anfechtung des Kaufs wegen Pflichttheilsverletzung würde

voraussetzen, daß der Erblasser dolose verfahren sei, was gar nicht behauptet worden. Als Schenkung aber könne derselbe nicht betrachtet werden, weil die Kläger durch die Anfechtung wegen laesio enormis erklärt hätten, daß der Erblasser sich im Irrthume über den Werth des Objects befunden habe.

Ueberhaupt aber liege eine Verletzung des Pflichttheils der Kläger hier gar nicht vor, weil dieselben von dem Erblasser einige Jahre vor dem Verkaufe zusammen die Summe von 800 Thlrn. geschenkt erhalten.

Was ist über die Begründung der Klage und über die Ausflüchte des Beklagten zu sagen?

DVIIIa. Die Wittwe Christine P. in J. ist mit Hinterlassung eines am 21. April 1863 eröffneten Testaments verstorben, in welchem sie zu Erben ernannte: ihre Tochter Christine, verehelichte M., ihre Tochter Eva, verehelicht gewesene S., und ihren Enkel Heinrich P., dergestalt jedoch, daß die zuerst genannte Tochter und der Enkel auf den Pflichttheil beschränkt sind, alles übrige Vermögen aber die Tochter Eva „als Universalerbin" erhalten sollte. Zugleich ist der Ehefrau Z. in J. ein Legat ausgesetzt, bestehend in 9 Grundstücken zum Werthe von 165 Thlrn. 16 Sgr. Der gesammte Nachlaß einschließlich dieser Grundstücke hatte einen Werth von 599 Thlrn., welcher durch eine allseitig als richtig anerkannte Taxation in dem zur Eröffnung des Testaments bei Gericht abgehaltenen Termine festgestellt wurde. Dabei ward zugleich der Pflichttheil auf 66 Thaler 13 Sgr. 4 Pf. berechnet, die Tochter Eva erklärte sich auch unter Acceptation der Miterben bereit, jedem von diesen die genannte Summe nach 4 Wochen auszuzahlen, wogegen ihr von denselben der ganze Nachlaß zu Besitz und Eigenthum überlassen wurde. Da jedoch zur festgesetzten Zeit keine Zahlung erfolgte, trat Heinrich P. am 6. August 1863 mit einer Klage, in welcher auch Verzugszinsen zu 5% seit dem 20. Mai 1863 gefordert sind, gegen sie auf. Beklagte opponirte:

1) Die Berechnung des Pflichttheils sei eine unrichtige, denn es hätten vom Betrage des Nachlasses zuvor alle Schulden abgezogen werden müssen, „folglich auch der Werth der legirten Grundstücke." Wollte man anders rechnen, so würde die Beklagte einen Pflichttheil „von einem Vermögenstheile abgeben müssen, den sie gar nicht erhalten habe."

2) Die Beklagte habe auch 1 Thlr. 2 Sgr. 7 Pf. Kosten für die im Publicationstermin gepflogenen Verhandlungen zu bezahlen gehabt, wovon Kläger sich den dritten Theil mit 10 Sgr. 10⅓ Pf. anrechnen und kürzen lassen müsse.

3) Die demnach dem Kläger zukommende Summe habe Beklagte am Tage nach der angestellten Klage gerichtlich deponirt, und könne daher auf keinen Fall zur Zahlung von Verzugszinsen auf diesen Betrag verpflichtet sein.

4) Beklagte habe der Erblasserin kurz vor ihrem Tode 20 Thlr. geliehen, zur Deckung derselben müsse auch Kläger ⅓ mit 6 Thlr. 20 Sgr. beitragen und sich vom Pflichttheile abrechnen lassen.

Kläger entgegnete hierauf: die Beklagte habe sich ja ausdrücklich erboten, die eingeklagte Summe zu zahlen und dabei ihrer Forderung an die Erblasserin gar nicht erwähnt. Darin liege ein stillschweigender Verzicht auf alle etwa zu machen gewesenen Abzüge, wozu schon der Anstand die Beklagte bei deren bedeutender Bevorzugung aufgefordert hätte, wie andererseits es den guten Sitten widerstreiten würde, gegenüber so nahen Verwandten und nach dem Naturrechte eigentlich gleichberechtigten Miterben jetzt solchen Verzicht zu widerrufen. Uebrigens

1) berechne sich der Pflichttheil nicht in der Weise, daß Legate gleich Nachlaßschulden zuvor abgezogen werden. „Wie reime sich damit zusammen, daß der Erbe vorerst seinen Pflichttheil und dann von dem übrigen Nachlasse, wenn dieser über $^3/_4$ durch Legate beschwert sein sollte, auch noch die quanta Falsidia abziehen könne, und wie stimme es mit der Vorschrift, daß der Pflichttheil durch kein Legat beschwert sein dürfe, und mit dem Grundsatze, daß der Pflichttheil von dem reinen Vermögen des Erblassers nach seinem Bestande zur Zeit des Todes desselben abzuziehen sei?"

2) Die Kosten der Testamentseröffnung und Erbregulirung gehen die Pflichttheilsberechtigten nichts an, sondern seien „von der Repraesentantin der ganzen hereditas, der Universalerbin" allein zu tragen.

3) Die Deposition befreie von der Verbindlichkeit zur Zahlung der Verzugszinsen nicht, weil sie erst nach angestellter, wenngleich noch vor der Beklagten mitgetheilter Klage geschehen sei. Abgesehen hiervon habe ja Beklagte nach ihrer eigenen Angabe nicht die ganze klagend geforderte Summe deponirt, Stückzahlung brauche sich aber Kläger nicht gefallen zu lassen, ebensowenig sei stückweise Hinterlegung von rechtlicher Bedeutung für die Zinsfrage.

Beklagte wiederholte hierauf ihren früheren Vortrag mit dem Zusatze: Verzichte müssen ausdrückliche sein, wenigstens seien sie nicht zu vermuthen. Das Versprechen der unrichtig berechneten Summe binde die Beklagte überhaupt nicht, denn ein Rechnungsfehler könne nach l. 1 C. de err. calc. jederzeit verbessert werden.

Drittes Capitel. Erwerb des Erbrechts.

§. 496—500.

DIX. Friedrich Müller zu H. klagt im J. 1837 gegen Philipp Werner daselbst unter Anführung folgender Thatsachen:

Der Maler Christian Werner hat während seines Aufenthalts zu Cassel in einem nach dem damals daselbst geltenden französischen Rechte am 3. Juni 1808 errichteten Testamente ihn, den Kläger, als sein außerehelich erzeugtes Kind zum Universalerben eingesetzt und ist daselbst am 6. desselben Monats mit Hinterlassung seines Vaters und dreier Brüder verstorben, von welchen letztern der Beklagte der einzige noch lebende ist.

In dem Testamente hieß es u. A.: „Meinem Vater, Rudolph Werner, setze ich den ihm gesetzlich gebührenden Pflichttheil aus." Der Kläger macht daher nur auf $^{11}/_{12}$ der Erbschaft Anspruch.

Zu diesem beanspruchten Nachlasse gehört auch $^1/_4$ der Verlassenschaft, welche von der Mutter des Erblassers, die im J. 1784 verstorben, herrührt, und welche auf deren vier Söhne vererbt worden. Diese hat der Vater des Beklagten bis zum J. 1817 als gesetzlicher Nutznießer besessen. Nach dem in diesem Jahre erfolgten Tode desselben hat der Beklagte und seine Brüder auch den auf Klägers Vater fallenden Theil sowie dessen eignen Nachlaß in Besitz genommen; jetzt aber besitzt der Beklagte den ganzen Nachlaß und weigert sich der Herausgabe.

Der Kläger bittet daher, ihn als Erben seines Vaters anzuerkennen uud den Beklagten zur Herausgabe von $^{11}/_{12}$ des väterlichen Nachlasses, nach vorgängiger Specification anzuhalten.

Der Beklagte entgegnet:

1) jenes Testament v. J. 1808 sei nichtig gewesen, weil darin der Vater des Testators nicht als Erbe eingesetzt sei;

2) jedenfalls greife hinsichtlich des Beklatgen die querela inofficiosi testamenti Platz, weil derselbe an der levis nota unehelicher Geburt leide.

3) Klägers Vater habe das mütterliche Testament nie angetreten, mithin auch nicht transmittiren können.

Der Kläger bemerkt hiergegen:

ad 1. Das Testament sei unter der Herrschaft des französischen Rechts gemacht und nach diesem sei die Erbeinsetzung des Vaters zur Gültigkeit des Testaments nicht erforderlich, sondern es müsse demselben nur der Pflichttheil hinterlassen werden.

ad 2. Die uneheliche Geburt mache den Kläger nicht zu einer turpis persona in dem Sinne, daß durch seine Einsetzung die querela inofficiosi testamenti begründet werde.

ad 3. Der Maler Werner habe das Testament seiner Mutter allerdings angetreten. Für diese Behauptung beruft sich Kläger auf Briefe seines Vaters an seine (des Klägers) Mutter, in welchen folgende Stelle vorkommt:

„Ich werde alsdann bei Ausführung dieser schon lange gehabten „Idee meinen Vater um die Auszahlung meines mütterli„chen Vermögens bitten."

In einem spätern Briefe wird erwähnt, daß die Auszahlung der mütterlichen Erbschaft verweigert worden sei.

Ueberhaupt aber bedürfe es bei einem Kinde keines besondern Antritts zum Erwerbe der Erbschaft der Eltern.

Jener Anführung des Klägers aus dem erwähnten Briefe setzt der Beklagte entgegen, der Antritt einer Erbschaft könne nur durch eine gerichtliche Erklärung geschehen.

DX. Gegen Z. als Vertreter seiner neunjährigen Tochter klagt ein Gläubiger seiner verstorbenen Ehefrau auf Bezahlung einer Schuld, in-

dem er anführt, der Beklagte habe die Erbschaft seiner Ehefrau im Namen seiner Tochter dadurch angetreten, daß er

1) das ihm von deren Mutter eingebrachte Vermögen, in baarem Gelde bestehend, nach dem vor einem Jahre erfolgten Tode derselben innebehalten und benutzt,

2) die Kleider derselben an sich genommen und verkauft habe.

Z. gesteht die Schuld zu, leugnet jedoch, daß er die Erbschaft angetreten, und bemerkt in Bezug hierauf namentlich, daß die Kleider von seinem Gelde angeschafft gewesen und daß er demnach nur das ihm zustehende Eigenthum zurückgenommen habe, worin doch keine aditio hereditatis liegen könne.

DXI. Der Chirurg Webel hatte, nachdem er bereits im Februar 1829 ein Testament bei Gericht übergeben hatte, im October desselben Jahres ein zweites Testament gerichtlich hinterlegt, in welchem er ausdrücklich erklärt hatte, daß das erste Testament vom Februar 1829 aufgehoben sein solle. Als Universalerben hatte er in beiden Testamenten den Gastwirth Horn eingesetzt. Von demselben war auch das zweite Testament, auch die Erbeinsetzung, niedergeschrieben; nur die Unterschrift des Namens, insbesondere auch unter der Erklärung über den Widerruf des ersten Testaments hatte der Testator eigenhändig geschrieben.

Nachdem darauf im J. 1831 Webel verstorben war, wurde das zweite Testament dem H. und der Nichte des Erblassers, der Frau Dr. Webel, als den beiden nächsten Intestaterben publicirt. Horn erkannte das Testament an, trat demgemäß die Erbschaft an und setzte sich in Besitz derselben.

Im J. 1833 klagt jedoch die Frau Dr. W. gegen H. auf Herausgabe ihres Erbtheils, weil das Testament nichtig sei, daher die Intestaterbfolge eintrete, und ihr die Hälfte des Nachlasses gebühre.

Horn entgegnet, sollte das zweite Testament für nichtig gehalten werden, so sei dann das erste Testament vom Februar 1829 nicht aufgehoben, sondern in Kraft geblieben und da auch im ersten Testament er als alleiniger Erbe eingesetzt sei, so trete er hiermit die Erbschaft aus dem frühern Testamente unbedingt an. —

DXII. Der Geheimrath X. starb am 5. Juni 1830 ohne Testament und hinterließ als Intestaterben eine noch ledige Tochter (die noch bei ihm Hause wohnte), Margaretha, und einen verheiratheten Sohn, den Hofrath Wilhelm X.

Nach dem Tode ihres Vaters haben die genannten beiden Kinder von dessen Erbschaft Besitz genommen und zwar hat

1) das Fräulein Margaretha X. am 26. Juni 1730 dem Pachter H. über die auf Johannis desselben Jahres fällig gewesenen halbjährigen Pachtgelder von 325 Thlrn. für das von dem Verstorbenen ihm verpachtete Gut eine Quittung ausgestellt,

2) der Hofrath Wilhelm X. in einem Schreiben an den Kammersecretär W. für sich und im Namen seiner Schwester versprochen, das von seinem Vater ihm geschuldete Kapital richtig zu bezahlen,

3) beide Kinder haben auf eine Kapitalschuld des Verstorbenen an Z. 100 Thlr. Zinsen gezahlt, und

4) das vorräthige Brennholz nebst verschiedenen andern in der Erbschaft befindlichen Sachen verkauft.

Als darauf im J. 1832 ein Gläubiger des Verstorbenen die beiden Kinder desselben wegen seiner Forderung in Anspruch nahm, erklärten die letztern, daß sie nicht als Erben ihres Vaters zu betrachten seien, da sie die Erbschaft gar nicht angetreten hätten, ihnen auch jedenfalls das beneficium abstinendi zur Seite stehe.

Der Gläubiger beruft sich dagegen auf die oben unter 1—4 aufgeführten Handlungen der Beklagten, in welchen er eine pro herede gestio erblickt, und dadurch auch das beneficium abstinendi für ausgeschlossen hält.

Sind diese Handlungen entscheidend?

Ist dem Gläubiger, wenn dieselben geläugnet werden, der Beweis derselben aufzulegen oder ist dieß, da es sich hier um den Erbschaftserwerb durch Kinder handelt, nicht nöthig, so daß vielmehr die Kinder die Abstinenz beweisen müßten?

DXIII. Johann Cleri errichtete mit seiner Ehefrau gemeinschaftlich ein Testament, welches sie gerichtlich deponirten. Nach dem Tode des Ehemanns blieb seine Wittwe im Besitze des Gesammtvermögens, sie unterließ jedoch, die Eröffnung des Testaments zu beantragen. Erst nach ihrem Tode veranlaßten die Kinder ihres verstorbenen Bruders, Wilhelm und Andreas Schmidt, welche als nächste Intestaterben in den Besitz des Nachlasses der Wittwe gelangt waren, die Eröffnung jenes gemeinschaftlichen Testamentes und nahmen auf Grund desselben den Gesammtnachlaß beider Eheleute an sich.

Gegen diese klagt der Neffe Johann Cleri's, als dessen nächster Intestaterbe, auf Herausgabe der Erbschaft seines Oheims.

Gegen die von den Beklagten geltend gemachte Berufung auf das erwähnte Testament bemerkt er,

1) die verstorbene Wittwe C. habe die Erbschaft aus demselben nicht angetreten;

2) eine Antretung derselben würde auch ohne Wirkung gewesen sein, da das Testament erst nach ihrem Tode eröffnet worden sei.

§. 502—504.

DXIV. Dem seit dem Jahre 1820 abwesenden Johann Siegler, von dessen Aufenthalt seit 1825 Nichts mehr bekannt war, fiel im Jahre 1837 die Erbschaft seines Vaters, im J. 1840 die seiner Mutter zur Hälfte an, die andre Hälfte bekamen die beiden Kinder seiner verstorbenen Schwester, Ernst Höfler und Frau Dorothea Hempel.

Die Hälften Siegler's wurden für ihn durch einen Curator verwaltet, der für ihn als Abwesenden bestellt wurde. Es herrschte dabei sowohl in der Familie, als bei den Behörden die Ansicht, daß diese Curatelmasse Vermögen des Verschollenen sei, welche später mit dessen Todeserklärung seinen Verwandten, die sich alsdann als die Nächsten legitimiren könnten, zufallen würde. — Von dieser Ansicht aus hatte Höfler am 11. März 1844 seinem Schwager Göpel, der für ihn zwei Wechsel im Betrag von 440 fl. bezahlt hatte, für diese Forderung den Antheil an dem Nachlasse Siegler's, der ihm durch dessen Beerbung zufallen werde, abgetreten, worüber es in der notariell beglaubigten Urkunde hieß:

„ich cedire an meinen Schwager Göpel den dereinst auf mich erb„lich anfallenden Antheil des Nachlasses meines Oheims Siegler,"

wobei die Verzinsung dieser 440 fl. mit 5 Proc. bis zur Rückzahlung und dagegen die Rückgabe der den Betrag von 440 fl. sammt Zinsen übersteigenden Summe vereinbart wurde.

Als im J. 1844 Höfler starb, ward über dessen Nachlaß der Concurs eröffnet. In demselben blieb der Antheil an der Siegler'schen Curatelmasse außer Betracht, weil damals noch unbezweifelt die obenerwähnte Ansicht über die Vererbung dieser Masse herrschte. Deshalb machte Göpel keine Ansprüche an dieselbe, sondern meldete seine Forderung bei dem Concurse an mit der Erklärung:

„Da der für diese Forderung cedirte, dereinst von dem verschollenen „Oheim Siegler zu erhaltende Erbtheil an mich wegen Ablebens des „Höfler niemals bezahlt werden kann, so bleibt jetzt dessen Debitmasse „mein Schuldner."

G. ging jedoch bei dem Concurse leer aus.

Im J. 1847 erfolgte die Todeserklärung des Joh. Siegler. Auf seinen Nachlaß macht sowohl die Schwestertochter Dorothea, als auch der einzige Sohn und Erbe Höfler's, Wilhelm Höfler, Anspruch. Die Erstere will den Letztern ausschließen.

Der Nachlaß besteht bloß aus den beiden dem S. reservirten Erbschaftsantheilen und 50 fl. Pathengeschenk.

Kann Wilhelm H. einen Antheil an diesem Nachlasse verlangen und würde, dieß vorausgesetzt, Göpel aus der obenerwähnten Cession gegen ihn klagen können? —

DXV. Die Wittwe Kauz verheirathete sich mit dem Kaufmann Stapf. Von ihrem ersten Ehemanne K. hatte sie zwei Söhne, Heinrich und Georg, von welchen der eine, Heinrich K., mit Hinterlassung einer Tochter, Elisabeth, später verehelichter Winkler, verstarb. Im Jahre 1801 errichtete die Frau Stapf ein gerichtliches Testament, worin sie ihre Enkelin, Elisabeth Winkler und ihren Sohn, Georg Kauz, zu Erben einsetzte, dergestalt, daß bei ihrem Tode ihre Enkelin 175 Fl., sowie bei dem Tode ihres Ehemanns 150 Fl. erhalten sollte. Alles Uebrige dagegen sollte ihrem Sohne verbleiben, ihr Mann aber von diesem mit allem Nöthigen versorgt werden. Nachdem der Erbe Georg K.

mit Hinterlassung von vier Kindern verstorben war, starb auch die Erblasserin i. J. 1815.

Sobald das Testament bekannt gemacht worden, erhob die Enkelin, Elisabeth Winkler, Klage gegen ihren Stiefvater Stapf und gegen die Georg K'schen Kinder, indem sie die Häfte der großmütterlichen Erbschaft beanspruchte.

Die Beklagten weigern sich, ein Mehreres als das im Testamente der Klägerin ausgesetzte Legat von 175 Fl. herauszugeben, indem sie sich auf das erwähnte Testament beziehen.

Die Klägerin will jedoch dieses Testament nicht anerkennen und erklärt es daher wegen des Todes ihres Oheims Georg A. für destitut, bemerkt aber dazu, daß sie, im Falle sie das Testament anerkennen wolle, sogar die ganze Erbschaft wegen eingetretener Accrescenz zu fordern berechtigt sein würde.

Die Beklagten glauben umgekehrt, daß durch den Verzicht der Klägerin auf ihr testamentarisches Erbrecht auch deren Erbtheil ihnen accrescirt sei und sie daher Nichts herauszugeben brauchen.

DXVI. Der Advocat Binder setzte in einer im J. 1816 von ihm errichteten letztwilligen Verfügung seine Ehefrau und seine mit derselben erzeugten Kinder zu gleichen Theilen zu Erben ein, der Ersteren hinterließ er aber zugleich den Nießbrauch am ganzen Vermögen für Zeit ihres Lebens. Seine Ehefrau bestimmte später im J. 1826 zu Gunsten ihrer beiden Töchter Wilhelmine und Eugenie, daß diese ihre Leinen, ihre Kleider und verschiedene andere Effecten zu gleichen Theilen zum Voraus haben sollten; unter dem darüber gefertigten Aufsatze erklärte sich auch an demselben Tage ihr Ehemann mit dieser Disposition einverstanden und ordnete seinerseits an, daß seinem einzigen Sohne, Carl, seine Kleidungsstücke, Bücher u. dgl. vermacht sein sollen. Endlich im J. 1827 disponirten noch beide Eheleute in einem als Codicill bezeichneten Aufsatze dahin:

„Nachdem unsere älteste Tochter Caroline, verehelicht gewesene Richter, verstorben ist, so sollen deren beide nachgelassene Kinder Eduard und Julius R. einen Pflichttheil oder $1/3$ des Erbtheils ihrer verstorbenen Mutter haben und damit die Aussteuer der Letztern nicht zu diesem Pflichttheil gerechnet zu werden braucht, soll ferner ein jedes unsrer noch lebenden drei Kinder 330 Thlr. zum Voraus haben und nach Abzug dieser 990 Thlr. vom übrigen Nachlasse der Pflichttheil der Enkel berechnet werden."

Nachdem die beiden Binder'schen Eheleute verstorben waren, so klagt der verwittwete Richter, Namens seiner beiden Kinder gegen die drei B'schen Geschwister unter der Behauptung, daß seinen Kindern mit den letztern dergestalt ein Intestatmiterbrecht zustehe, daß jene den vierten Theil der Erbschaft ihrer Großeltern in Anspruch zu nehmen befugt seien, sowie daß die Beklagten im Besitze des ungetheilten Nachlasses sich befänden, die Anerkennung jenes Rechts aber verweigerten, und bittet um

Zusprechung des bezeichneten Miterbrechts seiner Kinder und Theilung der Erbschaft nach dem angegebenen Verhältnisse.

Die Beklagten beziehen sich auf das Codicill ihrer Eltern vom J. 1827, worin den Kindern des Klägers nur der Pflichttheil vermacht worden, zu dessen Verabfolgung sie auch bereit seien, wogegen sie bei vorliegender begründeter testamentarischer Erbfolge die Eröffnung der Intestatsuccession in Abrede stellen.

Replicirend bestreitet der Kläger die Gültigkeit der seiner Erbschaftsklage entgegengesetzten Disposition.

Wie ist zu entscheiden?

§. 505.

DXVII. Die Wittwe Schindel in X. hatte in ihrem Testamente u. A. bestimmt:

„Meine Halbschwester Caroline verehelichte Müller soll meine Erbin „auf mein im N..schen gelegenes Gut sein. Alles Uebrige soll mein „Bruder Eduard Z. als Erbtheil haben."

Nach dem Tode der Sch. nahm von dem im N..schen gelegenen Gute der dort ansässige Oheim der Erblasserin Besitz. Gegen die von der Halbschwester Caroline Müller erhobenen Ansprüche berief er sich auf eine Bestimmung der im N..schen geltenden Particularrechts-Statuten, wonach Immobilien durch letztwillige Verfügungen nicht an Auswärtige sollen übergehen können. Auf Grund dieser Bestimmung wurde auch die Müller mit ihrem Anspruche vom Gerichte rechtskräftig abgewiesen.

Nachdem dieselbe kurz darauf verstorben, treten ihre zwei Söhne auf und verlangen die übrige in X. gelegene Erbschaft der Wittwe Schindel, da der im Testamente darauf eingesetzte Bruder Eduard noch vor der Sch. gestorben sei.

Es hat sich jedoch inzwischen ein andrer Bruder, Oskar Z., in den Besitz dieses Theiles vom Nachlasse gesetzt und dieser setzt dem Verlangen seiner Neffen entgegen,

1) ihre Mutter habe den Erbtheil, welcher dem Bruder E. hinterlassen war, aus doppeltem Grunde nicht beanspruchen dürfen — obgleich der letztere vor der Sch. verstorben sei — nämlich

a) weil sie nur auf eine res certa, also nur als Legatarin eingesetzt sei,

b) weil sie auch diesen bestimmten ihr angewiesenen Gegenstand nicht habe erwerben können, mithin gar keinen Antheil an der Erbschaft habe und in keiner Weise weder Erbin noch Legatarin geworden sei.

Wenn auch ihre Mutter, die Müller, ein Recht auf die übrige Erbschaft, die dem E. zugewiesen war, gehabt hätte, so sei doch dieses ihr deferirte Recht nie von ihr erworben, die Erbschaft in diesem Theile nicht von ihr angetreten und folglich sei auch auf ihre Söhne Nichts transmittirt worden. Er als rechter Bruder müsse daher natürlich den Söhnen einer Halbschwester vorgehen.

Viertes Capitel. **Inhalt des Erbrechts.**

§. 508.

DXVIII. Der am 29. Mai 1834 verstorbene Kammerherr v. S. im Kurhessischen hatte in seinem Testamente den Oberst P., der mit ihm zusammen gewohnt hatte, und dessen Schwester, die X., zu seinen Erben eingesetzt und der Wittwe K. ein Legat von 15000 Fl. vermacht.

Die Letztere klagte im J. 1836 gegen P. und X. auf Auszahlung dieser Summe, und obgleich die Erben sich darauf bezogen, daß sie die Erbschaft nur unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben, so wurde doch dagegen von der Klägerin bemerkt:

1) die Beklagten hätten um Errichtung des Inventars erst nachgesucht, nachdem sie vorher die Erbschaft angetreten;

2) das Inventar sei erst im Juni 1836 vollendet, ja auch das Gesuch um Aufnahme des letztern sei erst am 3. Juli 1834 eingereicht worden — mithin seien die gesetzlichen Fristen versäumt;

3) übrigens sei auch der Nachlaß noch keineswegs als zur Bezahlung der eingeklagten Forderung unzureichend constatirt.

Die Beklagten entgegnen,

1) die X. sei abwesend und erst am 20. Juni von dem Anfalle der Erbschaft in Kenntniß gesetzt worden, was auch ihrem Miterben P. zu Gute kommen müsse;

2) die Errichtung des Inventars sei durch das betreffende Gericht verzögert worden. Es wird dabei Bezug genommen auf eine Kurhessische gesetzliche Vorschrift, daß ein Inventar „nicht anders gemacht nnd für ordnungsmäßig gehalten werden solle, es seien denn die darin specificirten Stücke jedesmal zugleich auch im B e i s e i n d e s B e a m t e n — — und der Parteien durch — — Taxatores ihrem wahren Werthe nach geschätzt worden;"

3) dafür, daß der Nachlaß unzureichend sei, führen die Beklagten 9 verschiedene Posten auf, deren Gesammtbetrag den der Erbschaft um 50 Thlr. übersteigt und welche alle aus der Erbschaft bestritten werden müßten. Sie wollen sich daher nur zur Auszahlung von 3/4 des Legats nach Abzug von 50 Thlrn. verstehen;

4) auch setzt S. derselben eine Gegenforderung von 300 Thlrn. entgegen.

Die Klägerin besteht jedoch auf ihrem Verlangen, indem sie außer Wiederholung des Frühern noch insbesondere hervorhebt,

1) die Beklagten würden die angeführten 9 Posten nur in dem Falle anrechnen dürfen, wenn sie dieselben wirklich bezahlt hätten. So lange sie jedoch die Masse noch nicht völlig verwendet hätten, müßten sie als Beneficiarerben den Gläubigern und Legataren unbedingt haften;

2) die Gegenforderung von 300 Thlrn. gesteht sie zu, aber nur als Forderung des S. aus einem von diesem empfangenen Darlehn, wie sie auch behauptet worden. Eine solche könne nicht von S. als Beneficiarerben geltend gemacht werden.

DXIX. **Nach dem Ableben des Amtmanns P. in X. treten die für seine hinterbliebenen Kinder bestellten Vormünder für ihre Mündel die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars an.**

In dem darauf bei dem zuständigen Gerichte eingeleiteten Schulden-Liquidationsverfahren, worin auch die Beneficiar-Erbschaftsmasse von jenen Vormündern als Curatoren vertreten wird, liquidirt auch die Wittwe des Amtmanns P., die Mutter jener Kinder, ihr Eingebrachtes an 500 Thlrn. in Gold und 60 Thlrn. in Münze, indem sie unter Bezugnahme auf

l. ult. §. 4—7. Cod. de jure delib.

die Verbindlichkeit der Beneficiarerben behauptet, die zuerst sich meldenden Erbschaftsgläubiger, soweit die Masse ausreiche, zu befriedigen.

Am Schlusse der Verhandlungen zeigen die Vormünder an, daß die Wittwe P. gestorben sei, womit sie zugleich als Vertreter der Erbschaft den Antrag verbinden, das durch dieselbe veranlaßte Liquidationsverfahren für erloschen zu erklären.

Das Obergericht erklärt diesen Antrag für unbegründet, weil durch die Rechtswohlthat des Inventars die Forderungen der Erben nicht aufgehoben würden und daher den Pupillen als Beneficiarerben ihres Vaters das Recht zustehe, an dessen Nachlasse die ihnen jetzt zugefallene Forderung ihrer Mutter geltend zu machen.

Die Curatoren der Erbschaftsmasse beharren jedoch bei ihrem Antrage, weil *die Forderung* der verstorbenen Wittwe P. an ihren Ehemann, da sie jetzt deren Kindern zugefallen, welche zugleich Erben des P. geworden, *durch Confusion erloschen sei*.

Ist der Antrag hierdurch begründet?

Nach Erledigung dieses Antrags klagt der Kaufmann *Pfeiffer* auf Bezahlung einer Schuld des verstorbenen Amtmanns P. im Betrag von 1200 Thlrn. gegen die Erben des P. Für diese Schuld hatte sich die Ehefrau P's unter Beobachtung der nach dem X'schen Particularrechte für diesen Fall vorgeschriebenen Förmlichkeiten verbürgt.

Es wird dieser Klage von den Beklagten entgegengesetzt, daß sie die Erbschaft ihres Vaters mit dem Beneficium Inventarii angetreten und daß die Erbschaft, soviel nach den kürzlich angemeldeten Forderungen zu urtheilen sei, sich als unzureichend für die Passiva herausstelle.

Der Kläger entgegnet jedoch, daß für diesen Fall die Beklagten jedenfalls als Erben ihrer Mutter haften würden, wogegen diese sich auf den durch den Antritt beider Erbschaften bewirkten Untergang der Bürgschaftsverbindlichkeit berufen.

Ist dieser Einwand zulässig?

§. 510.

DXX. Der Handelsmann *Köhler* hatte mit seiner Ehefrau, mit welcher er keine Kinder erzeugt hatte, am 30. December 1813 bei Gericht ein Testament errichtet, in welchem

„für den Fall des Ablebens des Einen oder Andern von ihnen zur
„Vermeidung aller Streitigkeiten"

Folgendes verordnet war:

„Es soll nach dem Ableben des Einen der Ueberlebende alleiniger Erbe
„desselben werden, mithin der Ueberlebende zu seinem Unterhalte von
„dem gemeinschaftlichen Nachlasse, der größtentheils von uns während
„der Ehe errungen worden, das, was er braucht, anzugreifen befugt
„sein; jedoch soll nach des Letztlebenden Tode das Uebrigbleibende an
„unsere beiderseitigen nächsten Verwandten und zwar in die Stämme
„zu gleichen Theilen vertheilt werden."

Nachdem Köhler am 12. Juli 1814 gestorben war und dessen Wittwe die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hatte, verheirathete sich dieselbe im J. 1815 wieder und vermachte in den Ehepacten vom 17. April 1815 ihrem zweiten Ehemanne, Rudolph, für den kinderlosen Sterbefall ihr gesammtes Vermögen. Sie starb darauf am 20. Nov. 1837 und Rudolph blieb im Besitze des gesammten Nachlasses, schloß jedoch mit den nächsten Verwandten ihres ersten Ehemanns, Köhler, im J. 1845 einen Vergleich ab, wonach er denselben die Hälfte des gesammten Nachlasses herausgab.

Nun verlangen aber auch die Verwandten der Ehefrau die andere Hälfte von R. heraus, gestützt auf das Testament von 1813 und bestreiten die Befugniß der Ehefrau zu der in den Ehepacten getroffenen Disposition.

Entscheidung.

§. 511.

DXXI. Die Wittwe Hodermann hinterließ bei ihrem Ableben mehrere Kinder, von denen eine Tochter an den Bäckermeister Schilling verheirathet ist. Gegen diesen klagt der Kaufmann H. als Miterbe seiner Mutter, der genannten Wittwe H., auf Herausgabe eines zur Erbschaftsmasse gehörigen verschlossenen Geschäftspapiere enthaltenden Kastens, indem er behauptet, derselbe habe sich vor erfolgtem Tode seines Bruders mit Einwilligung der vier übrigen H'schen Erben in dessen Verwahrung befunden, nach dem Tode des erwähnten Bruders aber habe sich der Verklagte ohne Rechtsgrund in den Besitz jenes Kastens gesetzt und verweigere dessen Herausgabe.

Der Beklagte gesteht den Besitz des fraglichen Kastens zu, läugnet jedoch jede Berechtigung des Klägers, die Herausgabe zu verlangen.

Kläger könne doch keinesfalls mehr, als seinen Erbtheil an dem Kasten verlangen. Diesen ihm zu geben, sei unmöglich, weil der Kasten eine untheilbare Sache sei. Ueberhaupt aber gebe das Erbrecht des Klägers demselben nur die Befugniß, auf Anerkennung des Miterbrechts zu klagen; dagegen hänge die Frage, in wessen alleinigen Verwahrsam die das gemeinsame Interesse sämmtlicher Erben angehenden Urkunden kommen sollen, von einer weitern Vereinbarung unter den Betheiligten oder von der Darlegung eines deshalbigen Vorzugsrechtes Einzelner ab. Im äußersten

Falle könne Beklagter doch nur verurtheilt werden für den Fall, daß Kläger ihm Caution leiste, daß er ihn gegen die übrigen Miterben vertreten werde.

DXXII. Der Leinweber Schmider zu B. wurde bei seinem Ableben von sechs Kindern beerbt. Drei derselben klagen wider zwei ihrer Geschwister unter der Behauptung, daß dieselben den nicht unbedeutenden Mobiliar- und Immobiliar-Nachlaß ihres Vaters insgesammt ausschließlich in Besitz genommen und eine gütliche Theilung desselben verweigern. Sie stellen mit Bezug hierauf den Antrag, die Beklagten anzuhalten, sie, die Kläger, als Miterben ihres verstorbenen Vaters anzuerkennen und den Nachlaß nach einem förmlichen Inventar oder einer eidlich zu bestärkenden Designation mit ihnen zu theilen und die Hälfte desselben sammt den seit dem Todestage des Erblassers gezogenen Nutzungen an sie herauszugeben.

Die Beklagten geben hierauf zu vernehmen, daß die erhobene Klage, weil sie nicht gegen sämmtliche Miterben angestellt sei, als unstatthaft zurückgewiesen werden müsse. Es lebe noch ein Bruder, der gleichfalls Miterbe sei, und wenn es zur Erbtheilung kommen solle, so müsse natürlich auch dieser zur Theilnahme gezogen werden. Sie berufen sich dafür auf

Paulus R. S. I. 18. §. 4:
Judex familiae herciscundae nec inter paucos coheredes sed inter omnes dandus est, alioquin inutiliter datur.

l. 27 D. fam. ercisc. (10, 2) Paulus:
In hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium personas faciendae sunt; et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona, quod fecit judex, non valebit; quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.

l. 25 §. 20 D. eod. Paulus:
Judex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere.

Diesen Quellenaussprüchen setzen die Kläger entgegen:

l. 2 §. 4 D. fam. erc. (10, 2) Ulpianus:
Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.

l. 8 pr. D. comm. div. (10. 3) (Paulus):
Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest.

[illegible]

§. 512 — 514.

DXXIII. Der Kaufmann Lohres hatte vier Kinder, Karl, Ludwig, Mathilde und Sophie. Karl hatte von seinem Vater im Jahre 1824 5000 Thlr. erhalten, um davon ein besonderes Etablissement einrichten zu können. Beide Töchter hatten bei ihrer Verheirathung eine jede 4000 Thlr. als Mitgift und die jüngste Tochter Sophie außerdem noch bei ihrer ersten

Niederkunft ein Geschenk von 1800 Thlrn. von ihrem Vater erhalten. Karl starb im J. 1831 mit Hinterlassung eines Sohnes Fritz. Da das Vermögen Karl's sich als überschuldet herausstellte, so schlug Fritz die väterliche Erbschaft aus. Im J. 1836 stirbt Lohres und hinterläßt ein Vermögen von 12000 Thlrn. Seine drei lebenden Kinder und der Enkel Fritz sind seine Intestaterben. Bei der Erbtheilung conferiren die beiden Töchter, was sie als Mitgift erhalten. Nun verlangen aber die Miterben,

1) daß Sophie auch die ihr geschenkten 1800 Thlr. conferire,

2) daß Fritz die 5000 Thlr., welche sein Vater erhalten, in die Erbschaft einwerfe, da er nur an die Stelle desselben eintrete und sein Vater doch zur Collation derselben verpflichtet gewesen sei.

Wie ist zu entscheiden?

DXXIV. Christian Ernst Kummer, Besitzer eines mit Schankwirthschaft versehenen Gutes zu L., verkaufte am 20. September 1834 dieses Gut an seinen Schwiegersohn, Friedrich Wilhelm Hummel, behielt sich außer der Wohnung einen nicht unbedeutenden Naturalauszug vor, und hatte sodann in dem verkauften Gute seinen wesentlichen Aufenthalt. Zu Ende des Monats October 1843 begab sich K. zu einem andern Schwiegersohne, dem Schänkgutsbesitzer Carl Friedrich Sternberg in B. zum Besuche, und verstarb daselbst am 3. December 1843 ohne Testament, mit Hinterlassung von vier Kindern und zwei Enkeln, nämlich:

a) Christiane Sophie, verehelichte Sternberg,

b) Henriette, verehelichte Hummel,

c) Johanne Auguste, verehelichte Tonndorf,

d) Carl Friedrich Kummer und

e) den von seinem vor ihm verstorbenen Sohne, Christian Friedrich Kummer, hinterlassenen minorennen Töchtern, Amalie und Auguste Kummer, als seinen Intestaterben.

Nachdem von dem Schwiegersohne Hummel ein Nachlaßverzeichniß, von dem andern Schwiegersohne Sternberg aber gleichfalls ein Verzeichniß der von dem Verstorbenen mit zu ihm gebrachten Sachen, sowie der bei der Krankheit und dem Begräbnisse aufgewendeten Kosten bei Gericht eingereicht worden waren, fertigte das Gericht diese Verzeichnisse den genannten vier Kindern und dem Vormunde der beiden Enkel „als Erbinteressenten“ zur Defectur zu, und es brachten darauf die verehelichte Sternberg und Carl Friedrich K. Erinnerungen, H. und St. aber Beantwortungen ein. Zugleich hatte das Gericht jedem Miterben aufgegeben: „in dem anberaumten Termine eine specielle Berechnung der von dem Verstorbenen bei Lebzeiten erhaltenen Mithülfe, Ausstattung und sonstigen Conferenda einzureichen, damit eine richtige Uebersicht der zu vertheilenden Erbmasse gewonnen und die gütlichen Verhandlungen mit desto besserem Erfolge gepflogen werden könnten.“

Von keinem der Descendenten des Verstorbenen geschah dagegen, daß diese und andere Auflagen und Citationen an sie als Erben gerichtet wurden, irgend ein Widerspruch, vielmehr nahmen sie insgesammt solche

an, erschienen in dem auf den 7. Februar 1845 bestimmten Termine, verhandelten mit einander, und in dem darüber aufgenommenen Protokolle waren diese Verhandlungen, welche sich hauptsächlich auf die Collation und auf eine Forderung des Nachlasses an St. bezogen, als Verhandlungen unter den Miterben bezeichnet.

Bezüglich der Conferenda wurde von den Interessenten Folgendes angegeben:

1) Die verehelichte Sternberg bezeichnete selbst als ihr Conferendum 900 Thlr., welche sie nach ihrer Verheirathung als Einbringen von ihrem Vater erhalten und ihrem Ehemanne inferirt habe. Außerdem behaupten die Miterben, es habe ihr Vater noch 345 Thlr. als ein gemeinschaftliches Geschenk für sie und ihren Ehemann dem Letztern zugestellt; diese zu conferiren hielten sich die St'schen Eheleute nicht für verpflichtet.

2) Die verehelichte Hummel gab ihr Conferendum auf 1500 Thlr. an, da ihr zwar 1900 Thlr. in dem Kaufe ihres Ehemannes als väterliches Erbtheil angewiesen, davon aber später 400 Thlr. von ihrem Ehemanne an ihren Vater wieder zurückgezahlt worden seien.

3) Darüber, was der Vater der beiden minderjährigen Schwestern K., der verstorbene Christian Friedrich K., von dem Erblasser erhalten habe, wußte der Vormund keine Auskunft zu geben. Sternberg aber versicherte, daß sein Schwiegervater seinem verstorbenen Sohne 500 Thaler bei seiner Verheirathung und 500 Thlr. späterhin gegeben habe. Dieß wurde auch vom Vormunde eingeräumt.

Am 10. März 1845 erklärten darauf die [illegible] Sternberg und verehelichte Hummel schriftlich zu den Acten, daß sie [illegible] von der Erbschaft lossagen wollten, und zwar [illegible] unter der Bedingung, daß [illegible] Einbringens nicht weiter die Rede sei.

Dieser Lossagung wurde von den [illegible] Interessenten [illegible] und von allen Betheiligten [illegible] Punkte gebeten. — Wie ist [illegible] der 345 Thlr. zu bestimmen?

Vgl. l. 20 §. 1. Cod. de collat. [illegible]

Si unus vel una liberorum ante nuptias [illegible] etiam simplicem donationem [illegible] donationem ante nuptias a parentibus [illegible] donationem: ne ex eo [illegible] quae ante nuptias donationem [illegible] sit, illa vero, quae simplicem [illegible] nem ejus minime coarctamus — — [illegible] ante nuptias donationem [illegible] nam, quae nulla dote [illegible] donationem a parentibus suis [illegible]

DXXV. Der Kaufmann [illegible] Heinrich sein Waarenlager [illegible]

12000 Thlr. In einem von ihm und seinen drei Kindern unterschriebenen Aufsatze verordnete Sch. mit Bezug hierauf, daß nach seinem Tode der Sohn Heinrich seinen beiden jüngern Brüdern Carl und Friedrich zur Completirung ihrer Antheile an seinem Vermögen und zwar dem jüngsten Sohn Friedrich 2000 Thlr., dem zweiten Carl 333 Thlr. von dem noch rückständigen Kaufpreise auszahlen solle.

Als darauf nach dem Tode Schneider's der jüngste Sohn Friedrich das ihm vermachte Capital forderte, wollte sein Bruder Heinrich den Werth der von Friedrich aus dem Waarenlager des Vaters im Betrag von 150 Thlrn. bezogenen Waaren von den 2000 Thlrn. abziehen.

Der Vater hatte die gelieferten Waaren in das ordentliche Handelsbuch eintragen und dieß auch nach der erwähnten Disposition darin stehen lassen.

Friedrich gesteht zwar zu, daß er die Waaren ohne Zahlung entnommen, glaubt jedoch nicht, verbunden zu sein, sich einen solchen Abzug gefallen zu lassen, weil im vorliegenden Falle die Collation durch des Vaters Dispositionen zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend verboten sei.

DXXVI. Der Weinhändler Blumenberg hatte in seinem Testamente verordnet, daß seine drei Kinder, Karl, Adolph und Sophie verehelichte Müller, seine Erben sein, daß die beiden letztern aber ihrem Bruder Karl das gesammte Weinlager, den Hauptbestandtheil des Nachlasses, für den Preis von 3600 Thlrn., wovon er zwei Drittel an seine Geschwister herauszuzahlen habe, überlassen sollten. Auch hatte der Testator ausdrücklich angeordnet, daß seinem Sohn Karl die Summe von 700 Thlrn., die er an Schulden für ihn bezahlt habe, angerechnet werden müßte. Nach dem Tode des Testators behielten sich die Geschwister A. und S. bei der Nachlaßregulirung das Eigenthum und den Besitz an dem Weinlager bis zu Abtragung ihrer Forderung vor.

Als darauf Karl Blumenberg Concurs machte, erhoben die Geschwister Adolph und Sophie Müller (welche letztere ihrerseits eine dos von 600 Thlrn. conferirt) einen Vindicationsanspruch auf das Weinlager wegen 2400 Thlr., sowie wegen 700 Thlr. von dem Erblasser für den Cridar bezahlter Schulden und wegen 300 Thlr., die ihr Vater für den Cridar (der damals bei ihm im Geschäfte gearbeitet) gezahlt, um ihn durch Stellung eines Ersatzmanns von der Militärpflicht zu befreien.

Die Gläubiger behaupten dagegen, daß die Geschwister des Cridars mit ihren Ansprüchen sich auf den Concurs einzulassen schuldig seien. Höchstens könnten sie ein Vindicationsrecht hinsichtlich ihrer Erbtheile, also an zwei Dritttheilen des Weinlagers geltend machen, auch keinesfalls für mehr als $^2/_3$ vom jetzigen Werthe des Lagers, welcher 3000 Thlr. beträgt.

Entscheidung.

an, erschienen in dem auf den 7. Februar 1845 bestimmten Termine, verhandelten mit einander, und in dem darüber aufgenommenen Protokolle waren diese Verhandlungen, welche sich hauptsächlich auf die Collation und auf eine Forderung des Nachlasses an St. bezogen, als Verhandlungen unter den Miterben bezeichnet.

Bezüglich der Conferenda wurde von den Interessenten Folgendes angegeben:

1) Die verehelichte Sternberg bezeichnete selbst als ihr Conferendum 900 Thlr., welche sie nach ihrer Verheirathung als Einbringen von ihrem Vater erhalten und ihrem Ehemanne inferirt habe. Außerdem behaupten die Miterben, es habe ihr Vater noch 345 Thlr. als ein gemeinschaftliches Geschenk für sie und ihren Ehemann dem Letztern zugestellt; diese zu conferiren hielten sich die St'schen Eheleute nicht für verpflichtet.

2) Die verehelichte Hummel gab ihr Conferendum auf 1500 Thlr. an, da ihr zwar 1900 Thlr. in dem Kaufe ihres Ehemanns als väterliches Erbtheil angewiesen, davon aber später 400 Thlr. von ihrem Ehemanne an ihren Vater wieder zurückgezahlt worden seien.

3) Darüber, was der Vater der beiden minderjährigen Schwestern K., der verstorbene Christian Friedrich K., von dem Erblasser erhalten habe, wußte der Vormund keine Auskunft zu geben, Sternberg aber versicherte, daß sein Schwiegervater seinem verstorbenen Sohne 500 Thaler bei seiner Verheirathung und 500 Thlr. späterhin gegeben habe. Dieß wurde auch vom Vormunde eingeräumt.

Am 10. März 1845 erklärten darauf die verehelichte Sternberg und verehelichte Hummel schriftlich zu den Acten, daß sie sich hiermit von der Erbschaft lossagen wollten, und zwar die St. unbedingt, die H. dagegen unter der Bedingung, daß nun von einer Collation ihres Einbringens nicht weiter die Rede sei.

Dieser Lossagung wurde von den übrigen Interessenten widersprochen und von allen Betheiligten um rechtliches Erkenntniß über die streitigen Punkte gebeten. — Wie ist die Beweislast hinsichtlich der 345 Thlr. zu bestimmen?

Vgl. l. 20 §. 1. Cod. de collat. (VI, 20):
Si unus vel una liberorum ante nuptias tantummodo donationem vel dotem, non etiam simplicem donationem accepit, alter vero vel altera neque dotem neque donationem ante nuptias a parente suo suscepit, sed simplicem tantummodo donationem: ne ex eo injustum aliquod oriatur, si ea quidem persona, quae ante nuptias donationen vel dotem suscepit, conferre eam cogenda sit, illa vero, quae simplicem tantummodo donationem meruit, ad collationem ejus minime coarctanda — — jubemus, ad similitudinem ejus, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quae nulla dote vel donatione ante nuptias data, solam simplicem donationem a parentibus suis accepit, conferre eam etc.

DXXV. Der Kaufmann Schneider übergab seinem ältesten Sohne Heinrich sein Waarenlager und sein sämmtliches Hab und Gut für

12000 Thlr. In einem von ihm und seinen drei Kindern unterschriebenen Aufsatze verordnete Sch. mit Bezug hierauf, daß nach seinem Tode der Sohn Heinrich seinen beiden jüngern Brüdern Carl und Friedrich zur Completirung ihrer Antheile an seinem Vermögen und zwar dem jüngsten Sohn Friedrich 2000 Thlr., dem zweiten Carl 333 Thlr. von dem noch rückständigen Kaufpreise auszahlen solle.

Als darauf nach dem Tode Schneider's der jüngste Sohn Friedrich das ihm vermachte Capital forderte, wollte sein Bruder Heinrich den Werth der von Friedrich aus dem Waarenlager des Vaters im Betrag von 150 Thlrn. bezogenen Waaren von den 2000 Thlrn. abziehen.

Der Vater hatte die gelieferten Waaren in das ordentliche Handelsbuch eintragen und dieß auch nach der erwähnten Disposition darin stehen lassen.

Friedrich gesteht zwar zu, daß er die Waaren ohne Zahlung entnommen, glaubt jedoch nicht, verbunden zu sein, sich einen solchen Abzug gefallen zu lassen, weil im vorliegenden Falle die Collation durch des Vaters Dispositionen zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend verboten sei.

DXXVI. Der Weinhändler Blumenberg hatte in seinem Testamente verordnet, daß seine drei Kinder, Karl, Adolph und Sophie verehelichte Müller, seine Erben sein, daß die beiden letztern aber ihrem Bruder Karl das gesammte Weinlager, den Hauptbestandtheil des Nachlasses, für den Preis von 3600 Thlrn., wovon er zwei Drittel an seine Geschwister herauszuzahlen habe, überlassen sollten. Auch hatte der Testator ausdrücklich angeordnet, daß seinem Sohn Karl die Summe von 700 Thlrn., die er an Schulden für ihn bezahlt habe, angerechnet werden müßte. Nach dem Tode des Testators behielten sich die Geschwister A. und S. bei der Nachlaßregulirung das Eigenthum und den Besitz an dem Weinlager bis zu Abtragung ihrer Forderung vor.

Als darauf Karl Blumenberg Concurs machte, erhoben die Geschwister Adolph und Sophie Müller (welche letztere ihrerseits eine dos von 600 Thlrn. conferirt) einen Vindicationsanspruch auf das Weinlager wegen 2400 Thlr., sowie wegen 700 Thlr. von dem Erblasser für den Cridar bezahlter Schulden und wegen 300 Thlr., die ihr Vater für den Cridar (der damals bei ihm im Geschäfte gearbeitet) gezahlt, um ihn durch Stellung eines Ersatzmanns von der Militärpflicht zu befreien.

Die Gläubiger behaupten dagegen, daß die Geschwister des Cridars mit ihren Ansprüchen sich auf den Concurs einzulassen schuldig seien. Höchstens könnten sie ein Vindicationsrecht hinsichtlich ihrer Erbtheile, also an zwei Dritttheilen des Weinlagers geltend machen, auch keinesfalls für mehr als $^2/_3$ vom jetzigen Werthe des Lagers, welcher 3000 Thlr. beträgt.

Entscheidung.

DXXVII. Johann Gottlieb Simon zu G., welcher drei Kinder: a) Johann Gottfried S., b) Christiane Concordie S., später verehelichte A., c) Johanne Christiane S., hatte, schloß unter dem 9. Novbr. 1835 mit seinem unter a) benannten Sohne über sein $^{5}/_{8}$-Hufengut einen am 29. März 1837 bestätigten Kauf ab, wobei die Kaufsumme auf 1500 Thlr. festgesetzt und folgendermaßen angewiesen wurde:

300 Thlr. für den Verkäufer zum Angeld, worüber dieser sofort quittirte,
100 Thlr. für denselben, auf jedesmaliges Verlangen zu bezahlen,
400 Thlr. für Christiane Concordie S.,
300 Thlr. für Johanne Christiane S. und
400 Thlr. für den Verkäufer zu Nachzahlungen alljährlich mit 25 Thlr. zahlbar.

Auch wurden der Christiane Concordie S. noch 2 Kühe ausgesetzt, welche jedoch, ebenso wie die ihr angewiesenen 400 Thlr., erst bei ihrer Verheirathung gewährt werden sollten. Dagegen sollten die für die blödsinnige Johanne Christiane, deren Verpflegung dem Käufer gleichzeitig zur Pflicht gemacht worden, angewiesenen 300 Thlr. unverzinsbar stehen bleiben und nach dem Tode der genannten Tochter dem Käufer zufallen.

Am 31. März 1841 starb der Sohn, Johann Gottfried Simon (der Käufer) mit Hinterlassung einer Wittwe, Johanne Charlotte S., und zweier unmündiger Kinder, und am 30. Mai desselben Jahres starb auch der Vater und Verkäufer, Johann Gottlieb S. Der Letztere hatte die Absicht, letztwillig zu verfügen, und ließ deshalb am genannten 30. Mai die Localbehörde zu sich rufen, der er, zugleich in Gegenwart zweier Zeugen, seinen letzten Willen eröffnete, um hierauf das Judicium herbeizuholen. Da sich jedoch der Zustand des S. schon so verschlimmert hatte, daß nicht zu erwarten war, es werde das Gericht, dessen Sitz 3 Stunden vom Orte entfernt war, noch vor seinem Ableben eintreffen können, so brachte der Ortsvorstand den letzten Willen des S. zu Papier und unterzeichnete nebst den anwesenden beiden Zeugen die angefertigte Schrift. Nach deren Inhalt hatte sich S. dahin ausgesprochen:

„Sein verstorbener Sohn habe das an ihn verkaufte $^{5}/_{8}$-Hufengut sehr „billig und zwar auf Zureden noch unter der Hälfte des wahren Werths „erhalten und sei daher vor den beiden Töchtern sehr bevorzugt wor„den, weshalb er bestimme, daß die Letzteren die Kaufgelder, welche „er aus seines Sohnes Kaufe noch zu fordern habe, sowie den sämmt„lichen übrigen Nachlaß allein erhalten und sich in denselben „zu gleichen Theilen theilen sollten."

Es wurde darauf der Nachlaß von der Christiane Concordie S. und dem der blödsinnigen Johanne Christiane bestellten Zustandsvormunde auf Grund jener von dem Erblasser bei seinem Ableben gegebenen Erklärung ausschließlich in Anspruch genommen unter der Behauptung, daß, wenn auch die von ihrem Vater ausgesprochene letzte Willensmeinung der feierlichen Form eines Testamentes entbehre, solche doch als testamentum parentum inter liberos nuncupativum, wozu es der äußern Testamentsfeierlichkeiten nicht bedürfe, oder doch mindestens als divisio parentum inter liberos anzusehen sei.

Dagegen behaupten die Erben des Johann Gottfried S. (dessen unmündige Kinder) die Ungültigkeit der Disposition wegen ihres Inhalts.

Können die Letztern verlangen, daß die Intestaterbfolge eintrete?

Wenn dieselbe eintreten müßte, nach welchen Grundsätzen würde die Erbtheilung einzurichten sein?

Könnten alsdann die unmündigen Kinder des verstorbenen Bruders Johann Gottfried S. verlangen, daß von ihren beiden Schwestern die 400 und die 300 Thlr. sowie der Werth der 2 Kühe, deren eine inzwischen crepirt ist, conferirt werde?

§. 515—518.

DXXVIII. In einer von A. gegen B. erhobenen, als hereditatis petitio bezeichneten Klage werden zur Begründung derselben folgende Thatsachen behauptet:

Kläger ist alleiniger testamentarischer Erbe seines Vaters geworden; der Beklagte aber maßt sich mit Unrecht die Erbschaft des klägerischen Erblassers an, indem er sich namentlich folgende Eingriffe erlaubt hat:

1) Beklagter hat 50 Thlr. Aufkommen an Pachtgeld für die zu jenem Nachlasse gehörigen Grundstücke, welche sein, des Klägers, Bevollmächtigter für den Kläger eingenommen, sich auszahlen lassen, ohne daß der Bevollmächtigte hierzu Auftrag gehabt.

2) Dem Erblasser des Klägers stand gemeinschaftlich mit andern Gliedern seiner Familie eine Waldung zu. Bei einer nach des Erblassers Tode stattgehabten Theilung des Holzertrags aus dieser Waldung ist $^1/_6$ davon auf den Kläger gefallen. Dieses Holz hat jedoch der Beklagte sich angemaßt, in Besitz genommen und abfahren lassen.

3) Den Pachter des klägerischen Guts (das er von seinem Vater geerbt) hat Beklagter angewiesen, das Pachtgeld für jenes Gut an ihn, den Beklagten, nicht aber an den Kläger, zu zahlen.

Ist diese Klage angebrachtermaßen zulässig oder abzuweisen? —

DXXIX. Der Obsthändler Sonntag hatte im J. 1847 von dem Amtmann Schmidt zwei Obst- und Gemüsegärten auf 5 Jahre für die jährliche Pachtsumme von 40 Thlrn. gepachtet. Im Januar 1848 errichtete Sonntag ein Testament, worin er den Sohn seiner Tante, den Gastwirth Christoph Binder, zum alleinigen Erben einsetzte.

Da das Testament wegen eines Formfehlers nichtig war, so weigerte sich der Halbbruder Sonntag's, Georg Rösler, der sich nach dem im Februar 1848 erfolgten Ableben des Testators in den Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, denselben an Binder herauszugeben. Dieser suchte ihn zu einem Vergleiche zu bewegen und Beide kamen überein, daß Binder gegen Empfang von 120 Thlrn. von jeder Anfechtung des Testaments abstehen und den Nachlaß an R. herausgeben sollte. Da B. bereits das inzwischen fällig gewordene Pachtgeld von 40 Thlrn. auf Schmidt's Mah-

nung an diesen entrichtet hatte, so wurde noch ausdrücklich verabredet, daß B. wegen dieser 60 Thlr. keine Ansprüche an Rösler machen solle.

Rösler ließ darauf die von dem Verstorbenen nachgelassenen Mobilien in seine Wohnung schaffen und verkaufte sie zum Theil an X., zum Theil an Z. — Er kündigte auch zwei Kapitalien, welche Sonntag ausgeliehen, und erhielt das eine von dem Schuldner, Meier, ohne Weiteres ausgezahlt; das andere ließ er dem Schuldner Schröder noch auf 1 Jahr und bekam es dann gleichfalls zurück.

Im Jahre 1849 kehrt der Brudersohn des Erblassers, Nicolaus Sonntag, der sich auf der Wanderschaft befunden, zurück, und will als nächster Intestaterbe seines Oheims dessen Erbschaft antreten.

Er fragt deshalb bei uns an, an wen er sich wegen der erwähnten Kapitalien und der verschiedenen, nun im Besitze von X. und Z. befindlichen Mobilien zu halten habe?

1) Ob an Binder? Dieser habe wissen müssen, daß er, Nicolaus Sonntag, der nächste Intestaterbe sei. Auch glaubt er, aus Aeußerungen desselben beweisen zu können, daß er sich seiner eignen Nichtberechtigung vollkommen bewußt gewesen und nur darum auf R's Vergleichsvorschlag eingegangen sei.

2) Oder an die Erbschaftsschuldner, Meier und Schröder, und an X. und Z. als Besitzer der nachgelassenen Mobilien?

3) Oder endlich an Rösler? — Diesen möchte er zugleich auch wegen des in der Erbschaft vorgefundenen Ohrringes [illegible] und der [illegible] gezogenen [illegible], welches Beides Rösler in seiner Wirthschaft verwendet hat, in Anspruch nehmen. — Rösler hat jedoch erklärt, er werde, wenn er zur Herausgabe der Wirthschaft gezwungen werde, [illegible] das an den Amtmann Schmidt gezahlte [illegible] von dem Erben N. Sonntag ersetzt verlangen. Auch die 110 Thlr. [illegible] er dann von Binder zurück haben.

[illegible] der Erbe N. S. auch die von Binder an Schmidt gezahlten 40 Thlr. [illegible] entweder an B. oder an R. erlegen? Oder kann Binder [illegible] von Schmidt zurückverlangen?

DXXX. [illegible]

[illegible]

[illegible]

Kapitalien, von 3000 und von 2000 Thlrn., die Halbschwester dagegen das Wohnhaus übernommen hatte.

Das Kapital von 3000 Thlrn. hatte der Bruder Christian F., nachdem er es 3 Jahre lang zu 4 prC. verzinst bekommen, im Jahre 1846 eingezogen, darauf 1500 Thlr. davon an den X. ausgeliehen; bei dessen bald darauf erfolgtem Concurse war er mit seiner Forderung leer ausgegangen. Außerdem hatte er 500 Thlr. zu einer größern Vergnügungsreise verwendet und 1000 Thlr. in Eisenbahnactien angelegt, die inzwischen um $^1/_{10}$ ihres Werths gefallen sind.

Das Kapital von 2000 Thlrn. stand zu 4 prC. bei dem Kaufmann Z. Als derselbe im J. 1845 fallirte, kam mit der Majorität seiner Gläubiger ein Accord zu Stande, wodurch ihm 50 prC. erlassen wurden. Christian F. befand sich dabei in der Minorität. Mit dem Reste von 1000 Thalern, wozu er noch das dreijährige Pachtgeld für die beiden Gärten legte, kaufte sich X. ein Gartenhaus, das er als Wohnung benutzte.

Den größern unter den beiden Gärten, den er zugleich mit dem andern verpachtet gehabt, verkaufte er im J. 1846 für 600 Thlr., die er in Staatspapieren anlegte. Als sich jedoch im Anfang des Jahres 1846 die Gelegenheit zeigte, denselben für 500 Thlr. wieder zu kaufen, so brachte er ihn für diesen Preis wieder an sich.

Den andern Garten verkaufte er gleich darauf an W. Er hat jedoch das Kaufgeld, obgleich der Termin am 3. Juli 1847 abgelaufen war, noch nicht bezahlt bekommen.

Dem Anspruche seines Vaters auf die Hälfte des Nachlasses hält er entgegen, daß er in Folge der erlittenen Verluste gegenwärtig kaum noch die Hälfte des ihm ausgesetzten Erbtheils, geschweige die ihm nach Intestaterbrecht gebührende Portion übrig habe.

Die Halbschwester weigert gleichfalls die vom Vater verlangte Herausgabe des Hauses. Jedenfalls will sie die darauf verwendeten Summen ersetzt haben. In dieser Beziehung führt sie an, daß sie an dem kürzlich niedergebrannten und noch nicht wieder aufgebauten Hintergebäude eine durchaus nothwendige kostspielige Reparatur habe machen lassen, welche ihr auf 565 Thlr. zu stehen gekommen.

Der Vater des Dr. Funke fragt bei einem Advocaten an, wie er sich zu verhalten habe, wen er in Anspruch nehmen dürfe, und worauf, und welche Einreden er zu gewärtigen habe.

Wie war ihm darauf zu antworten?

DXXXI. Die Erblasserin X. ist im J. 1820 gestorben. Zur Zeit ihres Todes lebten nur ihr mütterlicher Oheim H. und ihre Vettern J. — T. Ihr väterlicher Oheim W. war seit dem Jahre 1790 abwesend, ohne daß man von seinem Leben oder Tode Etwas wußte. Der Oheim H. starb im J. 1827.

Nach dem Tode der X. war ihr Ehemann Y. im Besitze des Vermögens derselben geblieben, theils in Folge eines Testaments, worin er

nung an diesen entrichtet hatte, so wurde noch ausdrücklich verabredet, daß B. wegen dieser 60 Thlr. keine Ansprüche an Rösler machen solle.

Rösler ließ darauf die von dem Verstorbenen nachgelassenen Mobilien in seine Wohnung schaffen und verkaufte sie zum Theil an X., zum Theil an Z. — Er kündigte auch zwei Kapitalien, welche Sonntag ausgeliehen, und erhielt das eine von dem Schuldner, Meier, ohne Weiteres ausgezahlt; das andere ließ er dem Schuldner Schröder noch auf 1 Jahr und bekam es dann gleichfalls zurück.

Im Jahre 1849 kehrt der Brudersſohn des Erblassers, Nicolaus Sonntag, der sich auf der Wanderschaft befunden, zurück, und will als nächster Intestaterbe seines Oheims dessen Erbschaft antreten.

Er fragt deshalb bei uns an, an wen er sich wegen der erwähnten Kapitalien und der verschiedenen, nun im Besitze von X. und Z. befindlichen Mobilien zu halten habe?

1) Ob an Binder? Dieser habe wissen müssen, daß er, Nicolaus Sonntag, der nächste Intestaterbe sei. Auch glaubt er, aus Aeußerungen desselben beweisen zu können, daß er sich seiner eignen Nichtberechtigung vollkommen bewußt gewesen und nur darum auf R's Vergleichsvorschlag eingegangen sei.

2) Oder an die Erbschaftsschuldner, Meier und Schröder, und an X. und Z. als Besitzer der nachgelassenen Mobilien?

3) Oder endlich an Rösler? — Diesen möchte er zugleich auch wegen des in der Erbschaft vorgefundenen Obstvorraths und der inzwischen gezogenen Obsterndte, welches Beides Rösler in seiner Wirthschaft verwendet hat, in Anspruch nehmen. — Rösler hat jedoch erklärt, er werde, wenn er zur Herausgabe der Wirthschaft gezwungen werde, dann auch das an den Amtmann Schmidt gezahlte Pachtgeld von dem Erben N. Sonntag ersetzt verlangen. Auch die 110 Thlr. wollte er dann von Binder zurück haben.

Muß der Erbe N. S. auch die von Binder an Schmidt gezahlten 40 Thlr. Pachtgeld entweder an B. oder an R. ersetzen? Oder kann Binder dieselben von Schmidt zurückverlangen?

DXXX. Dr. Funke hatte in seinem Testamente zu Erben eingesetzt seinen Bruder Christian F. und seine Halbschwester Pauline verehelichte Meier, den Erstern zu zwei Dritttheilen, die Letztere zu einem Drittel. Seinen Vater hatte er in seinem Testamente nicht erwähnt, weil derselbe im J. 1842 auf Antrag seiner Kinder für verschollen erklärt worden war.

Nachdem im J. 1843 Dr. Funke verstorben war und die von ihm eingesetzten Geschwister sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt hatten, kehrte im J. 1847 der Vater des verstorbenen Dr. Funke zurück und verlangte den ihm gebührenden Antheil an der Erbschaft seines Sohnes.

Die Geschwister des Erblassers hatten den Nachlaß unter sich so getheilt, daß der Bruder Christian F. einige Gärten und zwei ausstehende

Kapitalien, von 3000 und von 2000 Thlrn., die Halbschwester dagegen das Wohnhaus übernommen hatte.

Das Kapital von 3000 Thlrn. hatte der Bruder Christian F., nachdem er es 3 Jahre lang zu 4 prC. verzinst bekommen, im Jahre 1846 eingezogen, darauf 1500 Thlr. davon an den X. ausgeliehen; bei dessen bald darauf erfolgtem Concurse war er mit seiner Forderung leer ausgegangen. Außerdem hatte er 500 Thlr. zu einer größern Vergnügungsreise verwendet und 1000 Thlr. in Eisenbahnactien angelegt, die inzwischen um $^1/_{10}$ ihres Werths gefallen sind.

Das Kapital von 2000 Thlrn. stand zu 4 prC. bei dem Kaufmann Z. Als derselbe im J. 1845 fallirte, kam mit der Majorität seiner Gläubiger ein Accord zu Stande, wodurch ihm 50 prC. erlassen wurden. Christian F. befand sich dabei in der Minorität. Mit dem Reste von 1000 Thalern, wozu er noch das dreijährige Pachtgeld für die beiden Gärten legte, kaufte sich X. ein Gartenhaus, das er als Wohnung benutzte.

Den größern unter den beiden Gärten, den er zugleich mit dem andern verpachtet gehabt, verkaufte er im J. 1846 für 600 Thlr., die er in Staatspapieren anlegte. Als sich jedoch im Anfang des Jahres 1846 die Gelegenheit zeigte, denselben für 500 Thlr. wieder zu kaufen, so brachte er ihn für diesen Preis wieder an sich.

Den andern Garten verkaufte er gleich darauf an W. Er hat jedoch das Kaufgeld, obgleich der Termin am 3. Juli 1847 abgelaufen war, noch nicht bezahlt bekommen.

Dem Anspruche seines Vaters auf die Hälfte des Nachlasses hält er entgegen, daß er in Folge der erlittenen Verluste gegenwärtig kaum noch die Hälfte des ihm ausgesetzten Erbtheils, geschweige die ihm nach Intestaterbrecht gebührende Portion übrig habe.

Die Halbschwester weigert gleichfalls die vom Vater verlangte Herausgabe des Hauses. Jedenfalls will sie die darauf verwendeten Summen ersetzt haben. In dieser Beziehung führt sie an, daß sie an dem kürzlich niedergebrannten und noch nicht wieder aufgebauten Hintergebäude eine durchaus nothwendige kostspielige Reparatur habe machen lassen, welche ihr auf 565 Thlr. zu stehen gekommen.

Der Vater des Dr. Funke fragt bei einem Advocaten an, wie er sich zu verhalten habe, wen er in Anspruch nehmen dürfe, und worauf, und welche Einreden er zu gewärtigen habe.

Wie war ihm darauf zu antworten?

DXXXI. Die Erblasserin X. ist im J. 1820 gestorben. Zur Zeit ihres Todes lebten nur ihr mütterlicher Oheim H. und ihre Vettern J.—T. Ihr väterlicher Oheim W. war seit dem Jahre 1790 abwesend, ohne daß man von seinem Leben oder Tode Etwas wußte. Der Oheim H. starb im J. 1827.

Nach dem Tode der X. war ihr Ehemann Y. im Besitze des Vermögens derselben geblieben, theils in Folge eines Testaments, worin er

zum Universalerben eingesetzt war, theils kraft eines Particulargesetzes, wonach ihm als Ehemann der lebenslängliche Nießbrauch an der Hinterlassenschaft der Frau zustand.

Im J. 1831 starb endlich auch Y. Sein Vermögen und damit auch das der verstorbenen Ehefrau X. kamen an seinen Bruder Z. als Intestaterben. Gegen diesen Z. erhoben nun J., K., L., M., N., O., P., Q., R., S., T. eine Klage auf Herausgabe der Hinterlassenschaft der X., als welche ihnen — den Klägern — ab intestato gebühre und wovon jeder Kläger für sich $^1/_{11}$ in Anspruch nahm. Z. berief sich excipiendo auf das Testament, worin sein Bruder zum Universalerben der X. eingesetzt war. Die Kläger bestritten aber die formelle Gültigkeit desselben. Während des Laufs dieses Processes erklärten 7 von den Klägern, nämlich J., K., L., M., N., O., P., daß sie ihre Klage fallen lassen wollten. Die übrigen vier, Q., R., S., T., setzten jedoch den Proceß fort und erlangten endlich im J. 1835 ein rechtskräftiges Urtheil, wodurch das fragliche Testament für nichtig und der Beklagte für schuldig erklärt wurde, den vier Klägern $^4/_{11}$ der Hinterlassenschaft cum omni causa herauszugeben.

Nach Beendigung dieses Processes erhoben Q., R., S., T. eine neue Klage gegen Z. auf Herausgabe der noch übrigen $^7/_{11}$ der Hinterlassenschaft der X. Diese Klage begründeten sie dadurch, daß sie sich darauf beriefen, daß zur Zeit des Todes der X. der Vater der Kläger H. der nächste Verwandte und demgemäß einziger Intestaterbe der X. gewesen sei. Sie selbst seien aber Erben ihres Vaters geworden.

Da Beklagter schon $^4/_{11}$ dieser Hinterlassenschaft ausbezahlt, so verlangten sie noch Herausgabe der übrigen $^7/_{11}$ cum omni causa. Der Beklagte Z. gesteht zwar das Factische der Klage zu, behauptet aber,

1) daß die Kläger deshalb nicht zur Klage berechtigt seien, weil deren Vater die Erbschaft der X. niemals angetreten, also dieselbe auch nicht auf seine Erben übertragen habe. Er bestreitet

2) jedenfalls ihr Recht auf die ganze Erbschaft, da es nicht ausgemacht sei, daß W. nicht wenigstens zur Zeit des Todes der X. noch am Leben gewesen sei. Ferner schützt er

3) die exceptio rei judicatae vor, indem die Kläger schon einmal die intestati hereditatis petitio angestellt hätten, welche Klage auch ein rechtskräftiges Urtheil zur Folge gehabt habe, wonach Kläger nur $^4/_{11}$ der fraglichen Erbschaft zu verlangen berechtigt seien. Endlich

4) beruft sich der Beklagte auf das Testament, worin sein Bruder und Erblasser Y. zum Universalerben der X. ernannt sei. Er fügt bei, daß er jetzt im Stande sei, die formelle Gültigkeit dieses Testamentes nachzuweisen. In der Replik bemerken die Kläger:

ad 1. daß ihr Vater zwar die Erbschaft der X. niemals angetreten habe, aber auch dieselbe nicht habe antreten können, indem der Ehemann Y. dieselbe in nießbräuchlichem Besitze gehabt;

ad 2. daß es nicht ihre Sache sei, zu beweisen, daß W. nicht mehr am Leben sei;

ad 3. die exc. rei judicatae sei unbegründet, weil das rechtskräftige

Urtheil dadurch, daß es ihnen früher einen Theil zuerkannt, das Ganze doch nicht aberkannt habe; endlich

ad 4. daß sich der Beklagte nicht mehr auf das rechtskräftig für nichtig erklärte Testament berufen könne. In dieser Beziehung stehe vielmehr dem Beklagten die replica rei judicatae entgegen.

Die Duplik wiederholt nur die frühern Behauptungen des Beklagten. Wie ist zu entscheiden?

§. 519. 520.

DXXXII. Der 29jährige v. X. errichtet während seines Aufenthalts auf der Forstacademie zu Th. eine von einem Actuar und zwei Schöffen zu Protokoll genommene und gerichtlich überreichte letztwillige Anordnung, worin unter Anderem bestimmt wird:

§. I. Nach meinem Tode sollen meine Erben sein

1) meine Braut, Lina H. zu Y.,

2) meine beiden Stiefgeschwister Alfred J. und Elise J., sowie die Kinder meiner Mutter und meines Stiefvaters und will ich diese unter dem ehrenvollen Titel der Erbeinsetzung zu meinen Erben hierdurch eingesetzt haben, doch unter folgenden Bedingungen:

§. II. Meine genannte Braut soll entweder auf ihre ganze Lebenszeit eine Leibrente von jährlich 2000 Fl. Conv.-M. oder statt deren das Capital, zu 4 prC. berechnet, ausgezahlt erhalten.

§. III. Es steht der Lina H. ganz frei, ob sie die ihr ausgesetzte Leibrente oder statt derselben das Kapital zu 4 vom Hundert berechnen will. Im ersten Fall kann sie verlangen, daß ein Kapital, welches jährlich 2000 Fl. Zinsen trägt, die ihr zu verabfolgen, entweder durch gute Hypotheken oder durch gerichtliche Deposition, Alles nach ihrem Gefallen, sicher gestellt werde. In letzterem Falle, wo sie statt der Leibrente das Kapital begehrt, kann sie dasselbe aus meinem Vermögen baar ausgezahlt verlangen.

§. IV. Erst dann, wenn meine Braut wegen der ihr bestimmten Leibrente oder statt derselben wegen des Kapitals vollkommen sicher gestellt oder befriedigt ist, sollen meine unter I. 2) genannten beiden Stiefgeschwister N. und O. und zwar ein jedes 30000 Fl. erhalten.

§. V. Wenn dann noch Vermögen vorhanden, was mein gehört, so sollen dieses meine übrigen Verwandten nach den etwa vorhandenen testamentarischen Bestimmungen meines verstorbenen leiblichen Vaters oder nach der Nähe des Grads, so daß auch meine beiden unter I. 2) eingesetzten und unter IV. bedachten Stiefgeschwister wieder mit in Betracht zu ziehen sind, haben und erben.

Von meinen übrigen Verwandten, welche nach meinen hier ernannten Erben den Theil meines Vermögens erben sollen, über welchen hier nicht bestimmt disponirt ist und weshalb die gesetzliche Erbfolge eintreten soll, nenne ich namentlich meinen Bruder C. v. K. und meine 7 Stiefgeschwister."

Wenige Tage später stirbt der Testator und es tritt darauf der Vater der Lina v. H. in Vertretung seiner noch minderjährigen Tochter gegen C. von X., welchen er als gewesenen Vormund des Testators bezeichnet, klagend auf, indem er behauptet, daß der Beklagte den größtentheils in ausgeliehenen Kapitalien und den Documenten darüber bestehenden Nachlaß detinire, daß er Namens seiner Tochter sich für die Annahme des Kapitals statt der Rente entschieden habe, und ex lege ult. Cod. de edicto D Hadr. toll. darauf antrage, ihn in den Besitz der zum Nachlasse gehörigen Werthpapiere zum Belaufe jenes Kapitals gerichtlich einzusetzen.

DXXXIII. Für den abwesenden Heinrich Schneider wurde eine Vermögensmasse curatorisch verwaltet und mit Ablauf dessen 70sten Geburtstags in öffentlichen Blättern eine Aufforderung an den Abwesenden resp. dessen Leibeserben erlassen, sich binnen einer bestimmten Frist zu melden und zu legitimiren, widrigenfalls Ersterer als todt und das für ihn seither verwaltete Vermögen als vacante Erbschaft angesehen resp. an die sich meldenden nächsten Seitenverwandten verabfolgt werden solle. Zugleich wurden auch diejenigen, welche überhaupt Erbrechte an dieses Vermögen geltend zu machen beabsichtigten, zu deren Anzeige und Begründung aufgefordert. Hierauf meldeten sich weder der Abwesende, noch Leibeserben desselben, dagegen viele Seitenverwandte. Unter diesen waren die Kinder eines Stiefbruders von väterlicher Seite die nächsten Blutsverwandten, hatten sich als solche gebührend legitimirt und traten die Erbschaft an. Es erhoben jedoch gegen Auslieferung der Erbschaft an dieselben die aufgetretenen entferntern Verwandten Einsprache mit der Behauptung, daß das gesammte in Frage stehende Vermögen zu einer Zeit, wo Heinrich Schneider schon abwesend gewesen, demselben von einer Schwester seiner Mutter, der X., ab intestato angefallen und einem für ihn bestellten Curator nur zur einstweiligen Verwaltung und Aufbewahrung übergeben worden sei; daß daher dieses Vermögen ihnen (die den Einspruch erhoben) gebühre als denjenigen, welche zur Zeit des Anfalls, wenn der Tod Schneider's damals schon ausgemacht gewesen wäre, dieselbe jure accrescendi erhalten haben würden. Da die betreffenden Acten nicht aufzufinden waren, so ließ sich nur ermitteln, daß dieses Vermögen lediglich von der X. herrühre, nicht aber, ob schon zur Zeit des Anfalls der Aufenthalt Schneider's unbekannt gewesen, ob der Curator die Erbschaft ohne Vorwissen des Abwesenden und in welcher Form und zu welchem Zwecke erhalten habe. — Es entstand deshalb zwischen diesen verschiedenen Prätendenten ein Erbschaftsstreit und das Erbschaftsgericht ließ darum das Vermögen durch den früheren Curator sequestrationsweise fortverwalten. Nachdem darauf ein Vergleich zu Stande gekommen, nach welchem die Stiefgeschwisterkinder den andern Erbprätendenten die Hälfte des Vermögens abtraten, die letztern dagegen die andere Hälfte als definitiv erworbenes Vermögen des Abwesenden und somit als dessen Nachlaß anerkannten, weigerten sich später die letztern dennoch, das Vermögen nach diesem Vergleiche vererben zu lassen. Die Stiefgeschwisterkinder stellen daher das interdictum quorum

bonorum an und bitten um provisorische Einweisung und factischen Genuß der Hälfte des Nachlasses.

Die Beklagten bestreiten die Zulässigkeit des interdictum q. b. in diesem Falle.

Entscheidung.

DXXXIV. Die Wittwe G. hatte ein Testament errichtet und gerichtlich deponirt, in dessen §. 1 sie einerseits ihre beiden Töchter, andrerseits drei von ihren zwei verstorbenen Kindern abstammende Enkel zu Erben eingesetzt. Der §. 2 lautete:

„Da ich einen großen Theil meines Vermögens schon früher unter „meine sämmtlichen Kinder bei ihrer Verheirathung und Etablirung „vertheilt habe und da ich von der Absicht geleitet werde, meinen „sämmtlichen Enkelchen von meinem Vermögen einen möglichst gleichen „Antheil zuzuwenden, so verordne ich rücksichtlich der Vertheilung meiner Hinterlassenschaft, daß

„1) jedes der drei Kinder meiner beiden verstorbenen Söhne 1500 „Thaler erben soll.

„2) Das Uebrige, was sich in meinem Nachlasse vorfinden wird, „sollen meine beiden Töchter als ihr Erbtheil haben."

Nach dem Tode der Wittwe G. wurde vom Gerichte, weil einige der muthmaßlichen Erben abwesend waren, der Nachlaß unter Siegel gelegt und darauf das Testament eröffnet.

Auf Grund dieses Testaments verlangen die beiden Töchter der Erblasserin, in den Besitz der Erbschaft eingewiesen zu werden; sie bitten deshalb um Abnahme der Siegel und Ausantwortung der Erbschaftsmasse an ihre Bevollmächtigten.

Ist dieses Gesuch hier begründet?

DXXXV. Ist in nachstehendem Falle ein Rechtsmittel zum Zweck der Besitzergreifung der Erbschaft anwendbar?

Unter den Papieren des Georg Baumann fanden sich bei dessen Tode zwei Privattestamente desselben, beide vom 20. Juni 1850 datirt, in deren einem nur die Stunde der Errichtung (11 Uhr vor Mittag) angegeben war. In beiden war der Bruder-Enkel des Verstorbenen, Ernst Baumann, als Erbe eingesetzt; jedoch waren in dem einen Testamente nur zwei, in dem anderen fünf Vermächtnisse ausgesetzt.

Der Bruder des Erblassers, Wilhelm Baumann, will keines der beiden Testamente als gültig anerkennen und es kommt daher zum Processe zwischen ihm und Ernst B. Der Letztere klagt ex l. ult Cod. de ed. D. Hadr. tollendo auf Einweisung in den Besitz und Genuß der inzwischen sequestrirten Erbschaft. —

DXXXVI. Johann Christian Kraus im Oldenburgischen war mit Hinterlassung zweier Brüder, Engelbrecht und Johann Bertram Kraus,

verstorben. Der eine derselben, Engelbrecht, befand sich im Besitze des Nachlasses. Gegen denselben trat jedoch Johann Bertram klagend auf, indem er ein schriftliches Privattestament producirte, nach dessen Inhalt dem Beklagten oblag, gewisse Grundstücke an den Kläger herauszugeben. Der Letztere gründet hierauf das remedium ex l. ult. Cod. de edict. D. Hadr. tollendo (VI, 33.).

Gegen die Statthaftigkeit dieses Rechtsmittels brachte der Beklagte namentlich Folgendes vor:

1) Die Unterschrift des Testators fehle; denn das Testament sei nicht „Kraus," sondern „Krus" unterschrieben. Nöthigenfalls erbiete er sich zur eidlichen Abläugnung der Handschrift.

2) Auch der Erbe sei als „mein geliebtester Bruder, Johann Bertram Krus," statt Kraus, bezeichnet, dieß könne auf den Kläger höchstens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bezogen werden.

3) Das Testament sei vom siebenten Paragraphen an mit blasserer Tinte geschrieben. Ebenso seien auch die Unterschriften sowohl des Testators als der Zeugen mit verschiedener Tinte geschrieben. Daraus gehe hervor, daß die Testamentshandlung keine ununterbrochene gewesen sei.

4) Er brachte ferner einige Zeugnisse bei, daß das Testament nicht in des Testators Wohnung, sondern, während derselbe krank gelegen, in einem fremden Hause aufgesetzt worden.

5) Endlich rügte er, daß bei der Eröffnung des Testamentes weder die Zeugen, noch die Interessenten zugezogen worden.

Der Beklagte entgegnet u. A., die Bezeichnung „Krus" sei die plattdeutsche Form für Kraus, deren sich der Testator gewöhnlich bedient hat. Im Uebrigen gab er zwar die vom Kläger angeführten einzelnen Thatsachen zu, läugnete jedoch die daraus gezogenen Consequenzen.

Sind die Einreden des Beklagten oder ist das Rechtsmittel ohne Weiteres statthaft?

DXXXVII. Johann Herzog beerbte im J. 1796 seinen Vater in N. zugleich mit 2 Geschwistern ab intestato. Noch ehe die Regulirung der Erbschaft beendet und bevor der Sohn Johann die Erbschaft angetreten, verließ derselbe seine Vaterstadt N. und begab sich nach X. Von dort aus verkaufte er „seinen Erbtheil" an den Kaufmann Färber in N.

Als dieser Anspruch auf den ihm verkauften Erbtheil machte, wurde ihm entgegnet, daß Johann H. selbst nicht erbfähig sei, also auch nicht aus seiner Person eine andere. Es besteht nämlich in N. ein Statut, dem zufolge keine Erbschaft an andre Orte verabfolgt wird.

Inzwischen war noch vor dem Antritte der eine Bruder und Miterbe, Carl H., ohne Kinder verstorben. Färber beansprucht auch dessen Erbtheil zur Hälfte. Dagegen protestirt nicht nur der andere Bruder mit Berufung auf dieselben Gründe, sondern auch Johann H. selbst, welcher diese ihm accrescirte Erbportion für sich behalten und zum Gegenstande eines neuen Verkaufs an Z. machen will.

Entscheidung.

DXXXVIII. Der Kaufmann *Heberich* hinterließ drei Söhne als Erben. Der eine derselben, *Karl H.* bekam von dem Müller *Wurm*, welcher dem verstorbenen H. 1500 Thlr. schuldete, diesen ganzen Betrag zurückgezahlt. Nach einiger Zeit verkaufte er den Rest seines Erbschaftsantheils an *Peter* und ließ sich von demselben die Vertretung hinsichtlich aller Ansprüche zusichern, welche etwa von andern Erbschaftsinteressenten *daraus* erhoben werden könnten, daß der Verkäufer mehr an Erbschaftsgeld eingezogen, als auf seinen Erbtheil falle.

Derselbe Käufer P. brachte später auch die Antheile der andern Miterben an sich und cedirte kurz nachher den auf die andern Miterben treffenden Antheil der Forderung gegen Wurm an den Dr. Grimm. Dieser verlangt von W. Bezahlung von 1000 Thlrn. als 2 Dritteln der Forderung.

Kann ihm der Schuldner eine Einrede entgegenstellen?

Fünftes Capitel. Von den Vermächtnissen.

§. 523.

DXXXIX. Der Fürst N. N. eröffnete seinem Leibarzte seinen letzten Willen mit dem Auftrage, denselben, im Falle der Erkrankung des Fürsten, dem Hofrath B. mitzutheilen und durch Letztern als Testament aufsetzen zu lassen.

Als nun dieser Fall eingetreten und das Testament auf diese Weise entworfen war, wurden in der Nacht der Hofrath B. und der Canzleidirector A. durch einen fürstlichen Kammerdiener im Namen des Fürsten auf's Schloß berufen. Beide trafen den Fürsten in seinem Schlafgemach zwar sehr schwach, jedoch bei vollem Verstande an und Hofrath B. redete denselben in Gegenwart der Räthe F., G. und H., des Canzleidirektors A. und dreier zur Bedienung anwesenden Personen folgendermaßen an: Ihro Durchlaucht hätten ihm anbefehlen lassen, Dero Testament aufzusetzen. Er habe dieß gethan und erwarte daher Befehl, ob er solches vorlesen solle. — Der Fürst bejahte dieß und es wurde das Testament (welchem die Codicillarclausel angehängt war) darauf öffentlich vorgelesen, wobei der Fürst mehrmals mit einem deutlichen Ja bekräftigte, daß solches Alles sein Wille sei. Auch ließ er sich aufrichten und ergriff die dargereichte Feder, setzte mehrmals an, konnte aber doch aus Mattigkeit nicht fortkommen, worauf denn der Canzleidirector A. sich nochmals dem Bette näherte und den Fürsten in Gegenwart der übrigen Personen, *nachdem er die Gardinen des Bettes zurückgeschlagen*, so daß Alle den Fürsten sehen konnten, über die im Testamente enthaltenen Punkte befragte, ob Alles sein Wille sei. Nachdem der Fürst diese Fragen jedesmal bejaht hatte, unterzeichneten die acht gegenwärtigen Personen das Testament, der Fürst aber verstarb eine Stunde darauf.

Als dieses Testament später angefochten wurde, weil die Zeugen

zum Theil (nämlich die Bedienten) nicht zum Zeugniß rogirt worden, wurde von der entgegengesetzten Seite geltend gemacht,

1) daß eine Aufforderung zum Zeugniß schon allein in dem Zurückschlagen der Gardinen gelegen habe,

2) daß die Disposition jedenfalls als Codicill gelten müsse, weil bei einem Codicill keine rogatio testium nothwendig sei — mit Berufung auf

l. 8 §. 3 Cod. de codicillis (VI, 36):

In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, *vel rogati, vel qui fortuito venerint*, in uno eodemque tempore debent *adhiberi*, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.

DXL. Bei Tode der Stiftsdame A. v. S. fand sich ein Testament vor, in welchem die Schwester der Verstorbenen, die verwittwete Frau v. G. zur alleinigen Erbin eingesetzt war, außerdem nur noch ein mit Bleistift geschriebener, aber nicht unterschriebener Brief der Erblasserin an die genannte Schwester, worin ein Vermächtniß von 300 Thlrn. für den Dr. K. bestimmt war. Dieser Brief war nicht an die Erbin abgegeben worden, sondern fand sich in einem Buche vor.

Dr. K. will daraus nicht nur ein Legat von 300 Thlrn., sondern sogar die ganze Erbschaft als Fideicommiß beanspruchen, indem er sich für das Letztre darauf beruft, daß die Erblasserin in ihrem Briefe an ihn eine besondere Liebe zu ihm und die Absicht, ihn zu ehelichen, ausgesprochen und dabei u. A. geäußert habe, daß ihre Schwester (die Frau v. G.) es selbst billige, daß er (K.) künftig der Erblasserin Erbe würde.

Die Frau v. G. erkennt die Aechtheit des mit Bleistift geschriebenen Briefs an, weigert sich jedoch, an Dr. K. irgend Etwas zu verabfolgen. Gegen sie habe die Erblasserin nur einstmals geäußert:

„sie habe einen guten Freund (welchen sie jedoch nicht genannt), den „sie dereinst zum Erben einsetzen wolle, worauf sie (die v. G.) geantwortet: „Das steht in Deiner Gewalt und Du hast darin Deinen „freien Willen." —

Ist der Anspruch des Dr. K. — auf die Erbschaft — oder auf das Legat — begründet? —

DXLI. Johann Martin Schott setzte in seinem Testamente seinen Bruder Georg Adolph Schott zum Universalerben ein, setzte daneben verschiedene Vermächtnisse aus und verordnete überdieß im §. 18, daß, wenn nach seinem Tode ein oder mehrere von ihm eigenhändig geschriebene und unterschriebene, auch vielleicht besiegelte Aufsätze, — welches Letztre jedoch nicht schlechterdings nöthig, — sich in seinem Nachlasse oder in den Händen seiner Freunde und Verwandten vorfinden würden, worin die im Testamente erwähnten Legate entweder vermehrt, oder ver-

mindert, oder ganz zurückgenommen, oder neue Legate ausgesetzt, oder sonst andre Dispositionen getroffen wären, solche eben die Kraft und Wirkung haben sollten, als ob deren Inhalt wörtlich in dem Testamente niedergeschrieben gefunden würde, ohne daß eine weitere Solennität verlangt werden dürfe.

Wenige Tage nach des Testators Ableben überreichte der eingesetzte Universalerbe, der das Testament anerkannt und die Erbschaft angetreten hatte, der betreffenden Nachlaßbehörde eine in dem Nachlasse gefundene und zwar angeblich vom Testator nur unterschriebene (nicht auch selbst geschriebene) Schedul, in welcher, nachdem im Eingange derselben die Bestimmung des §. 18 des Testaments, insbesondere die Worte „eigenhändig geschriebene und unterschriebene Aufsätze" wörtlich wiederholt waren, weiter bestimmt war, daß „nach dem Ableben des Universalerben von dem Nachlasse des Testators an dessen sämmtliche Geschwister oder deren Kinder ein Rückfall von 6000 Thlrn., sage sechs Tausend Thalern, bezahlt werden solle." Unter dieser Ziffer 6000 war, jedoch ohne weitere Bezeichnung, eine Ziffer gesetzt, welche späterhin für 8000 interpretirt wurde, obgleich nur die 000, keineswegs auch die 8 als solche unbedingt sich anerkennen ließen.

Nachdem nun später der eingesetzte Universalerbe gestorben war, verlangten die Geschwister des Testators, resp. deren Kinder von den Erben Georg Adolph Schott's nicht nur die Auszahlung von 6000 Thlrn., sondern auch von 8000 Thlrn., indem sie nämlich diese Ziffer von 8000 für eine von dem Testator herrührende Interlinearschrift erklärten, wobei die Absicht desselben gewesen sei, den Geschwistern nicht nur die Summe von 6000 Thalern, sondern auch noch außerdem die Summe von 8000 Thlrn., mithin im Ganzen eine Summe von 14000 Thlrn. zu sichern und zu hinterlassen. Sie machten dabei insbesondere geltend, daß der Erbe selbst diese Schedul dem Gerichte übergeben habe mit der Bemerkung, daß er sie im Nachlasse seines Bruders aufgefunden habe.

Die Beklagten entgegneten hierauf:

1) Wenn wirklich die bloße Ziffer von 8000 genügen könnte, um darin eine gültige Disposition des Erblassers zu finden, so würde daraus doch nur eine Erhöhung des Legats von 6000 Thlrn. auf 8000 Thlr. liegen, kein zweites Legat neben jenem erstern.

Kläger bemerkt hiergegen, daß diese Auslegung nur dann zulässig sein würde, wenn der Testator die 6000 wieder ausgestrichen hätte.

2) Sodann machten die Beklagten gegen die Gültigkeit der fraglichen Schedul überhaupt geltend, daß dieselbe den in §. 18 des Testaments vorgeschriebenen Erfordernissen nicht entspreche, indem der Aufsatz nicht ganz eigenhändig vom Testator niedergeschrieben, sondern nur mit einer Unterschrift von dessen Hand versehen sei. Es sei mithin selbst der Anspruch der Kläger auf die 6000 Thlr. unstatthaft.

Zu vergleichen:

l. 6 §. 2 D. de jure codicill. (29, 7) Marcianus:

Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ***ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos***, tamen ***valent*** facti

ab eo codicilli, licet *neque ab eo signati, neque manu ejus scripti* fuerint; nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant.

l. 89 pr. D. de legatis II. (31) Scaevola:

Testamento filium et uxorem suam heredes instituit: postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius, ei donavit et adjecit, se praecipua haec eum, suique juris, et post mortem suam habere velle. Quaero, cum *testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum obtineret, epistola autem non sit obsignata,* an quae epistola continentur, ad filium pertineant? — Respondi, si fides epistolae relictae constaret, deberi, quae in ea dare se velle significavit.

l. 22 D. de legatis III. (32) Hermogenianus:

Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legavero, semel deberi volo, postea eodem testamento, vel codicillis *sciens* saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur, *nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.* Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se poenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.

DXLII. Dem Justizamte zu D. wurde im Mai 1837 ein Testament übergeben, in welchem der Testator, Heinrich Fuchs, seinen Bruder Adolph F. und die beiden Söhne eines zweiten Bruders, Theodor F., als Universalerben seines gesammten Vermögens, jedoch dergestalt einsetzte. daß der gesammten Erbmasse die Eigenschaft eines perpetuirlichen Fideicommisses beigelegt und den instituirten Erben, sowie deren männlicher Descendenz die Befugniß der Nutznießung nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge zugesichert wurde. Für den Fall, daß beide eingesetzte Linien aussterben sollten, sollte das ganze Vermögen an die zu D. befindlichen frommen Stiftungen fallen, welche solchenfalls als Erben substituirt wurden.

Im §. 11 des Testamentes behielt sich übrigens der Testator ausdrücklich vor, noch andre letztwillige Bestimmungen zu treffen, welche dieselbe Kraft und Gültigkeit haben sollten, als wenn sie in sein Testament aufgenommen wären.

Solche letztwillige Dispositionen würden seine Erben auf einem Bogen Papier, welchen er in seiner Chatoulle verwahren wolle, geschrieben und mit seines Namens Unterschrift sowie mit dem dato versehen vorfinden.

Nach erfolgtem Tode des Erblassers überreichte der eine der ernannten Testamentsvollstrecker dem Justizamte ein mit Oblate verklebtes von dem Bedienten des Verstorbenen ihm übergebenes Packet von weißem Papier mit der Aufschrift: „Recognitionsschein des Testaments" und bat um dessen Eröffnung.

Nach geschehener Eröffnung fand sich darin außer dem Recognitionsscheine über die Testamensniederlegung:

a) ein Bogen Papier, auf welchem der Verstorbene unter Bezugnahme auf den im Testamente gemachten Vorbehalt noch zwei andre Familien, N. und M., falls die im Testamente primo loco genannten Linien aussterben sollten, zu Nutznießern des angeordneten Fideicommisses dergestalt einsetzte, daß erst nach dem Aussterben dieser beiden Geschlechter der letzte Nachkomme in Ermanglung aller männlicher und weiblicher Descendenten darüber zum Beßten der erwähnten frommen Stiftungen letztwillig verfügen müsse. Diese Disposition war vom Erblasser unterschrieben und mit dem dato versehen.

b) Ein mit einer Stecknadel an diesen Bogen angeheftetes kleineres Papier, auf dessen erster Seite verschiedenen Verwandten des Testators, dem P., R., S. und T., Vermächtnisse ausgesetzt waren. Dieser Anhang war von fremder Hand geschrieben und entbehrte sowohl der Unterschrift des Testators, als des dati.

Ueber die zuletzt (unter a und b) erwähnten beiden Anhänge erhob sich später ein Streit zwischen dem Actor der erwähnten milden Stiftungen, den Vermächtnißnehmern P., R., S. und T. und den übrigen Erbinteressenten.

Gegen die Gültigkeit jener Nachträge wurde vorgebracht,

1) der fragliche Bogen Papier sei nicht in der Chatoulle verwahrt gefunden worden;

2) den darauf enthaltenen Verfügungen gehe die zu Codicillen erforderliche Solennität der Vollziehung vor 5 Zeugen ab;

3) der Nachtrag zu Gunsten der Familien M. und N. sei schon deshalb in dieser Form ungültig, weil derselbe eine Erbeinsetzung enthalte.

Sind diese Einwände gegen beide Nachträge begründet?

DXLIII. Der Müller Johann Michael Wolfgang nahm am 15. April 1828 seine Nichte, Amalie Wolfgang, deren Mutter gestorben war, in sein Haus auf und übertrug ihr die gewöhnlichen Geschäfte eines Stubenmädchens. Ein Lohn wurde dabei nicht ausgemacht, doch versprach der Müller seinem Bruder, dem Vater des Mädchens, er werde demselben so viel geben, daß sie zufrieden sein solle und wiederholte diese Zusicherung auch mehrmals gegen seine Frau.

Im Vertrauen darauf versah die Nichte pünktlich den Dienst bei ihrem Oheim bis zu dessen am 12. April 1834 erfolgten Tod. Kurz vor demselben hatte W. seiner Ehefrau im Beisein des Mädchens erklärt, daß

„seiner Bruderstochter, Amalie Wolfgang, nach seinem Tode aus seiner „Verlassenschaft 400 Thlr. statt des Dienstlohns ausgezahlt werden „sollten."

Mit Anführung dieser Thatsachen klagt nach dem Tode des Müllers Wolfgang dessen Nichte, Amalie W., gegen die Wittwe und Tochter des

Erstern, welche derselbe in seinem Testamente zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt hatte, auf Auszahlung der 400 Thlr.

Ist diese Klage gegen beide Beklagte zulässig?

DXLIV. Christian Schädel klagt gegen Adolph Kästner unter Anführung folgender Thatsachen:

Im Jahre 1839 habe der Vater des Beklagten, von einer Krankheit befallen, zu seinem Sohne, dem Beklagten, geäußert, er glaube sich dem Tode nahe und bitte für den Fall, daß dieser jetzt eintreten sollte, auf seine Kosten den Kläger, Christian Schädel, in einer Stadt außerhalb Leipzigs Meister werden zu lassen und ihm 2000 Thlr., — jedoch diese nicht auf einmal, sondern in Terminen, wie sein Sohn es für gut halte, — auszuzahlen.

Beklagter habe, nachdem sein Vater im Jahre 1843 mit Tode abgegangen, als dessen alleiniger Intestaterbe die Erbschaft angetreten, er habe auch dem Kläger auf das erwähnte Legat die Summe von 1300 Thlrn. in einzelnen Terminen ausgezahlt.

Es sei daher der Beklagte sowohl aus dem legatum heredi praesenti injunctum, als auch aus dem Anerkenntnisse seiner Verbindlichkeit schuldig, noch die Summe von 700 Thlrn. an den Kläger zu bezahlen.

Ueber die Klage trug Kläger dem Beklagten den Eid an.

Der Beklagte setzte dem Angeführten entgegen:

1) Sein Vater habe bei der erwähnten Aeußerung hinzugefügt, er werde Alles selbst besorgen, wenn er noch einige Jahre am Leben bleibe. Er sei auch darauf von der damaligen Krankheit genesen und habe noch bis zum J. 1843 gelebt.

2) Beklagter habe seinem Vater damals offen erklärt, daß er aus gewissen Gründen den Auftrag nicht erfüllen könne und er dringend bitten müsse, daß sein Vater selbst diese Angelegenheit in's Reine bringe, wobei sich sein Vater beruhigt, indem er dazu geschwiegen und überhaupt nie wieder dieses Gegenstandes Erwähnung gethan habe.

3) Nach dem Tode seines Vaters habe er bloß aus kindlicher Pietät, — da er seines Vaters Wunsch durchaus nicht als rechtlich bindend habe ansehen können, — den Entschluß gefaßt, dem Kläger ein Geschenk mit 1600 Thlrn. zu machen, die er vom Januar 1844 bis zum Schlusse des Jahrs 1851 in halbjährigen Raten zu 100 Thlrn. auszahlen wolle. Er habe hiervon dem Beklagten in Kenntniß gesetzt, der mit der Höhe des Geschenks zufrieden gewesen. Auf diese 1600 Thlr. seien die vom Kläger erwähnten 1300 Thlr. abgezahlt worden.

Ist die Klage an sich zulässig?

Sind die Bemerkungen des Beklagten relevant und sind sie von ihm zu beweisen — oder hat Kläger die Unrichtigkeit dieser Behauptungen zu beweisen?

---

§. 524.

DXLV. Die Wittwe Dietrich machte folgendes Testament:

„Ich setze meinen Sohn, Johann Friedrich Dietrich, und „meine Tochter, verehelichte Krebs, zu Erben ein. Ich lege aber „meinem Sohne ein Fideicommiß dahin auf, daß, wenn er ohne Kin= „der stirbt, er sein Vermögen, sowohl das väterliche, als dasjenige, „welches er von meinen nächsten Verwandten erben wird, weder durch „einen letzten Willen, noch durch eine Schenkung oder Handlung unter „Lebenden auf irgend Jemanden außer auf seine Schwester und „deren Kinder nach seinem Tode bringen könne. Jedoch mag er seiner „Frau, wenn er sich verheirathet und sie ihn überlebt, 500 Thlr. „und nicht mehr hinterlassen. Handelt er dagegen, so soll dieß null „und nichtig sein."

Nach dem im J. 1803 erfolgten Tode der Mutter that der Sohn noch eine Erbschaft von einem Verwandten seiner Mutter im Betrag von 2500 Thlrn. und blieb, so lange er unverheirathet war, in gutem Ver= nehmen mit seiner Schwester.

Endlich im J. 1834 heirathete er noch, überwarf sich mit seiner Schwester und machte ein Testament zu Gunsten seiner Frau.

Die Schwester verlangt nun, nachdem ihr Bruder im J. 1855 ge= storben, von seiner Wittwe die Herausgabe dessen, was ihr Mann nach= gelassen, sowohl an mütterlichem Vermögen, wovon auf seinen Antheil 4000 Thlr. gefallen, als auch an väterlichem Nachlasse, im Betrage von 1500 Thlrn. und was derselbe von den mütterlichen Verwandten ererbt habe.

Die Wittwe D. weigert sich jedoch, mehr als $^3/_4$ der mütterlichen Erbschaft herauszugeben. Hinsichtlich der väterlichen und der von den Verwandten der Mutter erhaltenen Erbschaft habe die Mutter ihrem Sohne keine Verbindlichkeiten auflegen können.

Läßt sich hierauf Etwas entgegnen?

§. 525.

DXLVI. Der Advocat Schwarz setzte in seinem Testamente seine acht Kinder zu Erben ein dergestalt, daß seine vier Söhne jeder ein Zwölftel, seine vier Töchter dagegen jede ein Sechstel der Erbschaft haben sollten. Dabei bestimmte er jedoch, daß seine vier Söhne, seine jüngste Tochter Sophie und sein Neffe Zimmermann seine Besitzung in X., dagegen seine drei älteren Töchter zusammen sein Wohnhaus und seinen Garten im Voraus haben sollten.

Der eine Sohn des Testators, Georg Schwarz, der sich in Amerika verheirathet und als Kaufmann niedergelassen hatte, schrieb auf die ihm gemachte Anzeige von dem Tode seines Vaters zurück, daß er keine Erb= ansprüche auf den Nachlaß machen wolle. Das Testament wurde erst später eröffnet. Etwa ein Jahr darauf, nachdem inzwischen Georg Sch. gestorben war, kam sein einziger Sohn und Erbe, Peter Schwarz, in die Heimath seines Vaters zurück, und als derselbe von dem erwähn= ten Vermächtnisse hinsichtlich der Besitzung in X. hörte, machte er An=

spruch auf den seinem verstorbenen Vater gebührenden Theil, auf welchen die Ausschlagung des Erbtheils keinen Bezug gehabt habe.

Von den drei ältern Töchtern starb die älteste, Caroline verehelichte K. in T., einige Tage nach ihrem Vater, noch ehe sie von dessen Tode und von dem Erbanfall Kenntniß erhalten. Die beiden Kinder Moritz K. und Ottilie K. verlangen außer dem Erbtheil ihrer Mutter auch den Antheil derselben an dem Wohnhause und Garten.

Wie viel kann Peter Schwarz beanspruchen?

Wieviel Moritz und Ottilie K.?

Vergl. 34. §. 12. D. de legatis I. (30) Ulpianus:

Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum; coheredem unciam.

l. 2 de instr. v. instr. leg. (33, 7) Papinianus:

Quum pater, pluribus filiis heredibus scriptis, duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, *pro partibus coheredum* viriles habituros legatarios placuit.

l. 67 §. 1 D. de legatis I. (30) Gajus:

Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent.

l. 7 D. de usufr. accrescendo (7, 2) Papinianus:

Si quis Attio et heredibus suis usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt.

l. 75 §. 1. D. de legatis II. (31):

Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti.

§. 528—532.

DXLVII. Des Secretär Weiße setzte in seinem am 4. Sept 1849 errichteten Testamente seinen Brudersohn Wilhelm Weiße und seine Schwester Caroline zu Erben ein, worauf es weiter hieß:

„Ich verordne, daß nachstehende Vermächtnisse aus meiner Ver„lassenschaft ausgekehrt werden sollen:

„1) mein Brudersohn Eduard Weiße soll aus meiner Erb„schaft 1000 Thlr. baar und ebensoviel von dem bei H. ausstehenden „Kapitale bekommen, doch soll die Summe nur von diesem Kapitale „genommen werden.

„2) Mein Halbbruder Theodor F. soll 2000 Thlr. haben, „welche er von den bei R. und K. in N. stehenden Kapitalien mit „den von Zeit meines Todes alsdann fälligen Zinsen erheben soll.

„3) Meiner Schwester Christine verehelichten Grün vermache

„ich die Schuldforderung im Betrag von 1800 Thlrn., welche ich noch „gegen X. habe."

Nach dem am 3. Dec. 1849 erfolgten Tode des Testators zeigte sich dessen Schuldner H. als insolvent.

Der im Jan. 1850 erhobenen Klage Theodor F's wurde von R. entgegengesetzt, das Kapital, worüber er im October 1848 einen Schuldschein ausgestellt, aus welchem jetzt geklagt werde, habe er gar nicht ausgezahlt bekommen. — Von Seiten des N. wird dem F. entgegnet, er habe das Geld an W. im November 1849 freiwillig zurückgezahlt, worüber er eine Quittung des Testators vom 16. Nov. 1849 producirte.

Der Schuldner X. beruft sich gegenüber dem Anspruche der Christine Grün darauf, daß er am 20. December sich mit dem Erben Wilhelm Weiße durch Compensation mit einer Gegenforderung an denselben vollständig abgefunden habe.

Müssen die Legatare Theodor F. und die G. sich diese Einreden gefallen lassen?

Wenn sie dieß müssen, können sich dieselben, und kann sich C. W. wegen Entschädigung an die Erben halten?

Die von N. zurückgezahlte Summe (800 Thlr.) fand sich beim Tode des Erblassers noch in denselben Münzen in einem Beutel in des Verstorbenen Schreibepulte vor.

DXLVIII. Der Hofrath Braun hatte seine Adoptivtochter Henriette B. zur alleinigen Erbin eingesetzt, jedoch dabei folgende Legate angeordnet:

1) Es solle die Z. seine bisherige Haushälterin, das Gut S. als Eigenthum haben.

2) Seiner Schwester Marie B. hatte er seinen vor dem Thore gelegenen Garten vermacht; doch solle die Z., so lange sie lebe, den Nießbrauch daran haben.

3) Für den Fall, daß der Assessor M. seine, des Testators, genannte Schwester heirathen würde, solle die eingesetzte Erbin sie mit den nöthigen Möbeln und gutem Hausgeräthe versehen.

4) Die Bibliothek des Testators solle sein Brudersohn, Friedrich Braun, unter der Bedingung, wenn er Philologie studiren würde, erhalten. Außerdem soll dieselbe der Universitätsbibliothek zu J. einverleibt werden.

Im Juni 1848 verstarb der Testator. In Bezug auf die von ihm angeordneten Legate entstanden darauf mehrfache Streitigkeiten.

1) Die Z. verlangt im October 1848 von dem Pachter des ihr vermachten Gutes X. das noch nicht bezahlte Pachtgeld für die Zeit vom Oct. 1847—1848. Der Pachter will dasselbe jedoch nur an die Erbin zahlen. Da zugleich mit dem Oct. 1848 die 5 Jahre, für welche X. das Gut gepachtet hatte, abgelaufen sind, so ergeben sich zugleich Streitigkeiten zwischen ihm und der Z. wegen angeblicher Verschlechterungen, welche die Letztre behauptet und ersetzt verlangt. Sie will sich deshalb an die

von X. bestellte Pachtcaution halten. X. protestirt hiergegen und auch die Erbin widerspricht, da sie allein ein Recht auf die Caution zu haben glaubt. Die Z. dagegen behauptet, mit dem Gute sei ihr stillschweigend zugleich die Pachtcaution vermacht worden.

2) Die Schwester Marie B. verlangt von dem Garten die Hälfte des Nießbrauchs, während die Z. denselben für sich allein in Anspruch nimmt.

l. 19 D. de usu et usufr. etc. (33, 2.) Modestinus:
Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundnm, detracto usufructu, lego (vel): Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur: quod *interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.*

3) Dieselbe Schwester fordert auch das ihr ausgesetzte Legat der „nöthigen Möbeln und guten Hausraths." Es wird ihr jedoch entgegnet, daß das Legat wegen allzu großer Unbestimmtheit ungültig sei, daß sie ferner im günstigsten Falle nur verlangen könne, was der Testator als „nothwendigen Hausrath" betrachtet und hinterlassen habe, — dieß aber bestehe in wenigen ganz altmodischen Möbeln und Geräthen. Uebrigens sei die Bedingung des Legats, die Verheirathung mit dem Assessor M., nicht eingetreten, sondern die Legatarin sei noch unverheirathet, indem von Seiten des Assessors M. die bereits publicirte Verlobung wieder rückgängig gemacht worden sei.

4) Der Studiosus juris, Friedrich Braun, verlangt mit den Büchern zugleich die Bücherschränke und die in dem Bibliothekszimmer hängenden werthvollen Gemälde, indem er sich darauf beruft, daß der Testator mit dem Ausdrucke „Bibliothek" stets das „Bibliothekszimmer" bezeichnet habe. Die Erfüllung der Bedingung beweist er mit Zeugnissen über zwei von ihm besuchte philologische Collegien. Es wird ihm jedoch entgegengehalten, es würde zur Erfüllung der Bedingung gehört haben, daß er als stud. philologiae inscribirt worden, und da er im Gegentheil sich selbst stud. juris nenne, so habe er in keiner Weise Anspruch auf das Legat.

DXLIX. In dem Testamente des Herrn von W., welches er am 14. Sept. 1804 in Waghäusel im B'schen errichtet hatte, hieß es:

„1) Ich setze meinen verheiratheten Bruder, Julius v. W., als al„leinigen Erben dergestalt ein, daß nach dessen Ableben sein ältester „Sohn Hermann allein zur Nachfolge in meine Erbschaft berechtigt „sein und weiter jedes Mal der älteste nach ihm folgen soll, wenn sel„biger keine männliche Descendenz hinterließe.

„2) Ich will, daß mein Vermögen jedes Mal an den nachfolgen„den ältesten Herrn v. W. als ein wahres Fideicommiß übergehen soll.

„3) Um der Erhaltung meines Vermögens Sicherheit zu verschaf„fen, verordne ich, daß auf den Fall, wenn der männliche v. W'sche

„Stamm ganz erlöschen sollte, mein sämmtliches Vermögen den drei „Gemeinden Molsberg, Meischied und Ysenburg zu drei gleichen Thei-„len dergestalt auf immer zufallen soll, daß nach festgesetztem Alter „der Ortsbewohner jedesmal der älteste in der Reihe nach der „bestimmten Ordnung oder dessen Erbe den Ertrag des Antheils „nach Abzug der Administrationskosten beziehen soll.

„4) Zur Versicherung der Gemeinden soll jeder in beglaubigter „Abschrift der sie betreffende Auszug meines Testaments zugestellt wer-„den und einstweilen einer jeden, zur steten Erneuerung ihres „künftigen Anspruchs,

„jährlich auf meinen Sterbetag zweihundert Gulden „richtig ausbezahlt und nach der bestimmten Ordnung dem jedesmali-„gen ältesten angewiesen werden.

„5) Ich vermache

„a) meiner Frau Schwester, der Frau v. B., 1000 Fl.;

„b) meinem Bruder Fritz ebensoviel;

„c) meiner Schwester Luise jährlich 500 Fl., am 1. Januar und „1. Juli jedes Jahres auszuzahlen, so lange sie lebt, nebst zwei mei-„ner besten Kutschpferde, sammt guten Stadt- und Landgeschirren nebst „übrigen Stallrequisiten und eine gute Chaise zum Spazierenfahren.

„d) Meiner Frau Schwägerin und jedem ihrer Kinder 1000 Fl.

„6) Unter die Bruchsaler Stadtarmen sollen 1000 Fl. und zu Wag-„häusel 500 Fl. gleich nach meinem Ableben vertheilt werden.

„7) Meine Garderobe, nämlich Kleider und Leibwäsche, soll in zwei „gleiche Theile vertheilt werden, wovon meinem Kammerdiener Seibold „die Auswahl des einen, der andere den Kammerlakaien zugedacht ist."

Am 15. Mai 1808 hatte darauf der Testator in einem neuen Testament statt seines Bruders seinen ältern Vetter, Heinrich v. W., in derselben fideicommissarischen Weise, wie in dem ersten Testamente, eingesetzt, auch für den Fall, daß der v. W'sche Stamm erlöschen sollte, die Disposition, wonach in diesem Falle den drei genannten Gemeinden der Nachlaß zu gleichen Theilen zufallen solle, wiederholt und hinzugefügt, daß alle Jahre jeder Gemeinde zur Verbesserung der Schulen und Unterstützung armer Kinder 100 Fl. ausgezahlt werden sollen. Dann hieß es weiter:

„4) Was ich weiter in meinem Haupttestamente zum Besten meiner „übrigen Verwandten, zum Nutzen meiner Dienerschaft oder sonst „verordnet habe oder noch verordnen werde, bestätige ich hiermit der-„gestalt, als wenn Alles wirklich berührt und auch hier ausgedrückt „wäre.

„5) Schließlich verlange ich, in eine jede der vier Stadtpfarreien „1000 Fl. auszuzahlen für die Armen."

Endlich hatte v. W. noch am 29. Mai 1809 verordnet:

„Statt Allem dem, was in meinem ältern Testamente verordnet „war, vermache ich hiermit zum Andenken meinen vier Geschwistern, „meiner Frau Schwägerin und deren fünf Kindern jedem 1000 Fl.

„Weiter soll meine Garderobe und Leibwäsche in zwei gleiche Theile

„getheilt werden, davon einer dem Kammerdiener Seibold, der andere „den zwei Lakaien Stuhl und Mack verabfolgt werden soll, wenn selbige bei meinem Ableben noch bei mir in wirklichem Dienste sein „sollten.

„Dem Hofkapellan Rost und dem Dr. E. jedem ein Stückfaß meiner „Weine nach eigener Auswahl.“ —

Nach dem im Jahre 1816 erfolgten Tode W's zahlt der Erbe desselben an die Gemeinden zwar das Legat von 100 Fl. zur Verbesserung der Schulen und Unterstützung armer Kinder, verweigert jedoch die Auszahlung der 200 Fl. am Sterbetage des Testators. —

Er stützt sich dabei vorzüglich

1) auf die in der Errichtung eines zweiten Testaments liegende Aufhebung des frühern Testaments, welche hier um so unzweifelhafter anzunehmen sei, als in dem zweiten statt des Legats der 200 Fl. am Sterbetag des Testators ein anderes Legat, nämlich für die Schulen und armen Kinder, substituirt worden sei.

2) Jedenfalls sei das erste Testament, wenn man es auch als Codicill aufrecht erhalten wolle, durch das Codicill vom 29. Mai 1809 aufgehoben.

3) Im Code Napoleon, unter dessen Herrschaft (im B'schen) das Testament im Jahre 1804 errichtet war, seien (im Art. 896) alle Fideicommisse für ungültig erklärt. Mithin sei auch jenes Testament, als hauptsächlich eine fideicommissarische Disposition enthaltend, ungültig und daher falle auch das fragliche Legat von selbst hinweg.

Außerdem gerieth der Erbe auch mit den Erben der Schwester des Testators Luise v. W., sowie mit dem Kammerdiener Seibold, den Lakaien S. und M. und den Legataren Rost und Dr. E. in Streit.

1) Die Erben der Luise v. W. verlangen statt der von der verstorbenen Legatarin aus Unkenntniß gewählten Pferde, weil sich dieselben als zum Fahren ganz unbrauchbar erwiesen haben, ein anderes taugliches Paar, indem sie sich besonders darauf berufen, daß der Testator mit diesen Pferden nie gefahren sei, mithin der empfangene Gegenstand gar nicht das Object des Legats gewesen. Auch verlangen sie von dem Legate der Rente jährlicher 500 Fl. noch viermalige Auszahlung, weil ihre Erblasserin bei dem Tode W's im 54. Lebensjahre gestanden, also nach der in l. 68 pr. D. 35. 2 aufgestellten Mortalitätstabelle ein Recht auf neunmalige Leistung der 500 Fl. erworben, hiervon aber, da sie 5 Jahre darauf verstorben, erst die 5 ersten Termine genossen habe. Jedenfalls beanspruchen sie, da der Tod der Legatarin am 3. Januar 1821 erfolgt war, die Auszahlung der ganzen sechsten Rate von 500 Fl., wogegen der Erbe höchstens die am 1. Januar 1821 fällig gewesene Hälfte von 250 Fl. geben will.

2) Der Kammerdiener Seibold beschwert sich, weil der Erbe die Theilung selbst vorgenommen, was doch nach dem Testament v. J. 1804 ihm allein zustehen solle. Hiergegen beruft sich der Erbe auf die Disposition v. J. 1809. Ueberdies erhebt er einen Gegenanspruch gegen Seibold, da derselbe in einem ihm gegebenen Kleidungsstücke eingenäh-

tes Papiergeld und Gold gefunden und an sich genommen habe. S. gesteht dieß zu, glaubt aber in seinem Rechte zu sein, da diese Sachen als Accessionen des Kleidungsstücks, jedenfalls aber als thesaurus ihm zukommen müßten. — Beide Legatare wollen außerdem einige von dem Erben an den X. verschenkte Kleider von diesem vindiciren. —

3) Der Hofkapellan Rost, der bereits ein Stückfaß Wein gewählt und erhalten hatte, verlangt von Neuem zu wählen, weil der Erbe ihm nicht allen vorhandenen Wein zur Auswahl vorgelegt habe. Deshalb sei er so unglücklich gewesen, ein Stück ganz mittelmäßigen Wein zu bekommen.

4) Da Dr. E. gestorben war, noch ehe er gewählt hatte, so begehren dessen Erben zur Wahl gelassen zu werden und zwar sprechen sie sich dahin aus, eine Sendung spanischen Weins, der kurz nach dem Tode des Testators als Präsent für ihn eingetroffen war, nehmen zu wollen. Der Erbe will sie jedoch überhaupt nicht als berechtigt anerkennen, da das Legat durch Nichtwahl des Berechtigten, des Dr. E., erloschen sei. Keinesfalls könne der spanische Wein gewählt werden, weil derselbe erst nach dem Tode des Testators zu dessen Weinvorrath gekommen sei, und weil v. W. bei seinen Lebzeiten nie, — also auch nicht zur Zeit des Testaments, — derartigen Wein in seinem Keller geführt habe.

§. 533.

DL. Der Rath Barthels errichtete ein Testament, worin er seiner Schwester Töchter Luise und Christiane Möller zu seinen Universalerben einsetzte. Er legirte darin auch unter andern des Pfarrers Schmidt Kindern 2000 Fl. dergestalt, daß

a) 1000 Fl. in Obligationen und Wechseln, jedoch nicht eher als nach Verlauf eines halben Jahrs nach seinem Tode, und

b) 1000 Fl. von den Verkaufsgeldern seines Wohnhauses, jedoch nur auf den Fall,

„wenn seine instituirten Universalerbinnen den Verkauf dieses Hauses „ihrer Convenienz gemäß halten, auch sich dazu ein annehmlicher Käu„fer finden sollte"

bezahlt werden sollen.

„Inzwischen aber und bis solches geschehen, sollen die instituirten „Testamentserbinnen von diesen letztern 1000 Fl. weder zu einer Ver„zinsung, noch zu einer deshalb zu leistenden Caution den Legatarien „verpflichtet sein. Letztere sollen auch seine instituirten Erbinnen weder „gerichtich, noch außergerichtlich zu dem Hausverkauf zu nöthigen be„fugt sein und da sie gleichwohl hierunter sich einiger Härtigkeit schul„dig machen würden, dieses supplementi des verschafften Legats, näm„lich der 1000 Fl. Hauskaufgelder verlustig sein."

Die beiden Testamentserbinnen haben darauf nach dem Tode des Testators die Erbschaft angetreten und auch das Legat sub a prästirt. Dagegen das Erbhaus zu verkaufen, haben sie ihrer Convenienz nicht gemäß gehalten und daher das Legat sub b nicht prästirt.

Nachdem darauf die beiden Erbinnen mit Tode abgegangen, glauben die genannten Legatare, es sei jetzt mit dem Tode der Erbinnen der Fall eingetreten, daß auch das andere Legat (sub b) berichtigt werden müsse, und obgleich auch die Erben der Testamentserbinnen ihrer Convenienz ebenfalls nicht gemäß halten, das Erbhaus zu verkaufen, sich auch dazu noch kein annehmlicher Käufer gefunden hat, klagen doch die Legatare gegen die Erben der L. und Chr. Möller und bitten, sie zu verurtheilen, das ererbte Haus binnen $1/4$ Jahr zu verkaufen und von dem erlösten Kaufgelde das Legat von 1000 Fl. zu entrichten.

Kann dieser Klage Etwas entgegengesetzt werden? —

§. 534—538.

DLI. Von der Wittwe Kohlstock, der einzigen Erbin ihres Vaters, des Handelsmannes Vetter, forderte der Advocat Schröter ein Legat von 500 Thlrn. aus dem gerichtlich deponirt gewesenen und agnoscirten Testamente des V.

Die Erbin K. verweigerte dasselbe hauptsächlich deshalb, weil ihr Vater das Legat in einem eigenhändig unterschriebenen, hinter den Recognitionsschein gebrachten Codicille wieder aufgehoben und im Testamente selbst bestimmt habe:

„daß, wofern sich auf dem über die Deposition meines Testamentes „auszufertigenden Recognitionsscheine von mir selbst geschriebene oder „auch nur unterschriebene Dispositionen finden sollten, worinnen ich zu „diesem Testamente Zusätze oder Abänderungen gemacht, diese ebenso „gültig sein sollen, als wenn sie meinem Testamente einverleibt wären."

Auf dem den Recognitionsschein enthaltenden Bogen hatte aber der Testator so viele Bestimmungen getroffen, daß der Bogen des Recognitionsscheins nicht ausgereicht hatte und daher ein zweiter Bogen angeheftet und angesiegelt worden war, und auf diesem stand die fragliche Aufhebung des Legats von 500 Thlrn.

Ebendeshalb aber, weil das fragliche Codicill nicht auf dem Recognitionsschein selbst geschrieben stehe, bestritt der Kläger S. die Wirksamkeit dieser Aufhebung. —

DLII. Der Licentiat Spierling in M. hatte in seinem im J. 1817 gerichtlich überreichten Testamente seinen unehelichen Sohn, indem er ihn zugleich als sein leibliches Kind anerkannt und ihm seinen Familiennamen zu führen erlaubte, zum alleinigen Erben seines Vermögens eingesetzt, demselben aber zugleich die Auszahlung eines Legats von 1200 Fl., zahlbar in zwei gleichen Raten, in zwei auf einander folgenden Jahren, an die Kinder seines verstorbenen Bruders, Ernst und Ludwig Spierling, auferlegt. In Bezug hierauf hatte er weiter bestimmt: „Sollten aber diese beiden Bruderskinder, durch Habsucht verblendet, meine gute Gesinnung mit Undank lohnen und meinen Sohn zu quälen und in Proceßkosten zu stürzen versuchen, so soll derselbe ihnen gar Nichts zu geben befugt sein."

Nachdem der Erblasser i. J. 1844 gestorben und seine Erbschaft von dem Erben angetreten war, klagten die beiden Neffen des Testators gegen den Erben auf Auszahlung der ersten Hälfte des Legats.

Der Beklagte machte dagegen geltend:

1) Es sei auf die Bestimmung des Testaments, wonach der Erbe befugt sein solle, den Legataren, im Falle sich dieselben beigehen ließen, ihn, den Erben, zu quälen und in Proceßkosten zu stürzen, gar Nichts zu geben. Wider dieses Gebot des Testators hätten die Kläger schon gleich nach des Ersten Tode verstoßen, indem sie sowohl bei der Regierung in N., als bei dem Ministerium des Innern die Befugniß des Beklagten zur Führung des S'schen Namens angefochten, auch ein Verbot deshalb von der Regierung erlangt und dadurch ihn genöthigt hätten, mit Kosten und Beschwerden die Aufhebung dieses Verbots bei dem Ministerium auszuwirken. Sodann hätten dieselben ihm durch ihren Anwalt drohen lassen, sie würden das Testament umstoßen und ihn aus dem Hause werfen lassen.

2) Außerdem enthält das Testament am Schlusse noch den Vorbehalt, die getroffene Disposition durch eigenhändige und unterschriebene Zettel erweitern und einschränken zu können. Von dieser Befugniß habe der Testator in einer Scriptur Gebrauch gemacht, wonach an dem ausgesetzten Legate 270 Thlr. in Abzug kommen und dem Erben bleiben sollten.

§. 539—541.

DLIII. In dem Testamente des Gutsbesitzers H. Möller war u. A. Folgendes bestimmt:

„Zu meinem Universalerben setze ich meinen Bruder Adolph Möller ein; zugleich aber will ich hiermit verordnet haben, daß nach dessen „Tode sowohl mein Wohnhaus als meine in der hiesigen Flur belegenen „Grundstücke an die sechs noch minderjährigen Kinder meiner verstorbenen Schwester Amalie, verehelichten Winkler, die zur Zeit meines „jetzt schon herannahenden Todes noch nicht volljährig sein werden, als „deren Eigenthum fallen sollen. Sollte eines dieser 6 Geschwister und „substituirten Erben mit Tode abgehen, so will ich, daß dessen Theil die „übrigen Geschwister erben und überkommen sollen, wie ich denn überhaupt dies verordnet haben will auf den Fall, wenn mehrere dieser „Kinder mit Tod abgehen sollten, als in welchem Falle die Antheile der „Verstorbenen die noch Lebenden erben und sie daher einander substituirt „sein sollen. Auch soll mein obengenannter Bruder und Erbe, Adolph, „von den bezeichneten Grundstücken, deren lebenslänglichen Genuß ich ihm „überlassen habe, auf keinen Fall, auch im Nothfalle, nicht eher Etwas „veräußern dürfen, als bis das jüngste der substituirten 6 Bruderskinder „25 Jahre alt sein wird."

Nachdem H. Möller gestorben, trat dessen Bruder die Erbschaft aus diesem Testamente an. Einige Zeit darauf starben zwei von den sechs Geschwistern (A und B), jedes mit Hinterlassung eines Sohns. Als darauf Adolph Möller starb, entstand Streit zwischen den ihn überleben-

den 4 Geschwistern C, D, E und F, und den Söhnen der A und B, welche letztere den Antheil ihrer Eltern A und B beanspruchen und um ein Gutachten darüber bitten.

Wie ist die Anfrage zu beantworten?

Zugleich ist die Frage zu berücksichtigen:

Wer würde, wenn alle sechs Geschwister vor dem eingesetzten Erben mit oder ohne Hinterlassung von Kindern gestorben wären, die fraglichen Immobilien erhalten? —

DLIV. Dr. Pfeifer vermachte in seinem Testamente seiner Ehefrau 40000 Thlr., verordnete aber darin zugleich,

„daß ein Viertheil dieser Summe nach dem Ableben der Legatarin zu „sechs gleichen Theilen an die fünf Töchter seiner ältesten Schwester „Franziska Werner resp. deren Kinder und an die Tochter seiner zwei„ten Schwester, Auguste Roth, fallen soll."

In dem jene fünf Töchter betreffenden Paragraph, in welchem eine derselben, Ernestine Marie, verehelichte Krug, neben den vier andern Töchtern oder deren Kindern bezeichnet war, hieß es ferner,

„daß, wenn eine noch unverheirathete Tochter vor mir versterben sollte, „deren Antheil den etwaigen Geschwistern oder deren Kindern an„fallen soll."

Die weitern 3 Viertheile des Legats waren der Legatarin zur freien letztwilligen Verfügung gestellt.

Nach dem im Jahre 1801 erfolgten Tode des Testators nahm dessen Wittwe jenes Legat an, und nachdem sie sich im Jahre 1810 mit dem Herrn von W. verheirathet hatte, starb sie im Jahre 1834 mit Hinterlassung zweier Nichten als Testamentserbinnen.

Gegen diese traten im Jahre 1837 vier Personen, Namens Krug, klagend auf, indem sie behaupteten sowohl, daß sie Kinder und Erben der im Jahre 1821 verstorbenen Ernestine Marie Krug seien, als auch, daß ihrer verstorbenen Mutter oder ihnen das betreffende Legat nach dem Testamente des Dr. Pfeifer zufallen solle, weshalb sie baten, die Beklagten zur Auszahlung eines Sechstels der 10000 Thlr. nebst Zinsen seit dem Todestage der v. W. anzuhalten.

Die Beklagten bestreiten die Statthaftigkeit der Klage hauptsächlich aus dem Grunde, weil die Mutter der Kläger den Anfall des Legats, nämlich den Todestag der verstorbenen Frau v. W. nicht erlebt, folglich das Legat nicht habe transmittiren können.

DLV. Am 11. September 1847 errichteten Peter Martin und seine Ehefrau geb. Walch gemeinschaftlich ein Testament, worin wörtlich Folgendes verordnet war:

„Wir setzen uns auf unsern Todesfall wechselseitig zu Erben unsres „Vermögens ein, so, daß der Letztlebende damit nach Willkür schalten „kann. Dagegen sollen des überlebenden Ehegatten Erben verbunden

„sein, nach dessen Ableben an des Erstverstorbenen Erben 1200 Gulden „auszuzahlen, wie solche das Gesetz als die Intestaterben des Erstver„storbenen bestimmt."

Nachdem Martin am 27. October 1848 gestorben war, wurde dieses Testament eröffnet und die Wittwe trat die Erbschaft an. Sie verheirathete sich einige Zeit nachher an den Gastwirth Sommer.

Gegen die Ehefrau Sommer traten nun im Jahre 1850 Ambrosius, Franziska und Heinrich Martin klagend auf, indem sie vortrugen, daß sie als rechte Geschwister des Peter Martin dessen nächste Intestaterben seien; ihnen gebühre also nach dem Ableben der Beklagten das von ihrem Bruder festgesetzte Legat. Sie verlangen daher, daß die Beklagte angehalten werde, ihnen für dessen dereinstige Auszahlung Sicherheit zu leisten.

Die Beklagte stellt in Abrede,

1) daß die Kläger die einzigen Geschwister des verstorbenen Ehemannes seien. Derselbe habe, ihres Wissens, noch einen Bruder gehabt.

2) Zur Cautionsleistung glaubt sie nicht verbunden zu sein, da sie nach dem Testament mit dem Nachlasse nach Willkür schalten dürfe. Erst nach ihrem Tode, wenn dann noch Vermögen vorhanden, seien ihre Erben verpflichtet, an die alsdann sich als nächste Intestaterben Martin's Ausweisenden das Legat zu zahlen.

3) Von einem Anspruche der Kläger auf Caution könne jetzt um so weniger die Rede sein, da es sehr ungewiß sei, ob dieselbe ihren, der Beklagten, Tod erleben würden. Das Legat hänge von einem dies incertus an, also von einer Bedingung, ab.

4) Endlich sei der Nachlaß ihres verstorbenen Ehemanns so gering, daß nach Zahlung des Legats für sie als Erbin nicht einmal die falcidische Quart übrig bleiben würde, der Nachlaß betrage nämlich nicht viel über 1000 Gulden.

Auf welche Punkte kommt es bei Entscheidung dieses Falles an und was ist über die Einwände der Beklagten zu sagen?

Haben Kläger zu beweisen, daß sie die alleinigen Intestaterben M's sind?

DLVI. Karl Ulrich Jonas und dessen zweite Ehefrau errichteten mit einander am 30. Sept. 1827 ein gegenseitiges Testament, worin Ersterer mit seinen sämmtlichen Descendenten, die bei seinem Ableben vorhanden sein würden, auch seine Ehefrau zu Erben einsetzte. In Ansehung dieser Letztern verordnete der Testirer noch insbesondere:

„Daß dasjenige Landgut, welches er jetzt bewohne, mit allen Zubehörungen, Wohnhaus und annexis seiner Ehefrau Zeit ihres Lebens und so lange sie seine Wittwe bleibe, zum ungestörten Nießbrauche und willkürlicher Verabnützung verbleiben, nach deren Tode aber dieses Landgut ungesäumt taxirt und nach Abzug der auf ihr Begräbniß verwandten Kosten ein Drittheil des reinen Ueberschusses am Taxwerthe seinen gegenwärtigen Stiefkindern, Hugo

Kunzenbach und Elisabeth Heeren, erbeigenthümlich anheimfallen solle, als welches er diesen Kindern oder deren etwaigen Erben nach dem Repräsentationsrecht als ein Vermächtniß zueigne und assignire."

Beide Eheleute starben im Februar 1840 und zwar die Ehefrau am 19., der Ehemann am 24. gedachten Monats.

Erst im J. 1848 meldeten sich die im Testamente genannten Legatare mit ihrer Forderung und klagten wider des Testators Töchter und Enkel als eingesetzte Erben auf Verabfolgung des dritten Theils von dem zu ermittelnden Taxwerthe des im Testamente bezeichneten Landgutes, nebst Zinsen des Verzugs und erhobenen Nutzungen.

Die Beklagten weigern sich dessen, weil hier ein bedingtes Vermächtniß vorliege, dessen Bedingung deficirt sei. Jedenfalls aber könnten Kläger die Zinsen und Nützungen nur erst von Zeit der Litiscontestation an fordern.

§. 542.

DLVII. Die Wittwe Schmid, welche am 9. August 1828 verstarb, hatte in ihrem Testamente den Magister Ludwig zum Universalerben eingesetzt und in demselben Testamente der Ehefrau des Schuhmachermeisters Dietrich zu L., Elisabeth D., oder nach dem Ableben derselben deren „beiden Söhnen Friedrich und Wilhelm D. zusammen ein Legat von 300 Thlrn." vermacht. Die obengenannte Legatarin starb im J. 1843, nachdem schon vorher ihr Sohn, Friedrich D., im J. 1833 und ihr Ehemann, August D., im Jahre 1835 verstorben waren. Auch der Schmid'sche Universalerbe, Magister L., war im J. 1845 mit Tode abgegangen und seine Schwester, Johanne Friederike L., war seine Universalerbin geworden. Auch diese verstarb im J. 1849 und hatte in ihrem Testamente den Dr. Heinrich Schmid zum Universalerben eingesetzt, dieser aber ihren Nachlaß angetreten.

In dem Testamente der Wittwe Schmid war bezüglich des Legats von 300 Thlrn. die Bestimmung getroffen, daß der Erbe, Magister Ludwig, solches nicht früher, als bei Verkaufung des zum Nachlasse der Schmid gehörigen in L. gelegenen Hauses und zwar ohne Interessen zu bezahlen verbunden sein solle.

Am 29. October 1849 erhob nun Wilhelm Dietrich (der nach Friedrich D's Tode einzige Sohn der Legatarin Elisabeth D.) unter Anführung der erwähnten Umstände Klage gegen den Dr. H. Schmid auf Bezahlung der gedachten 300 Thlr. nebst Verzugszinsen vom 14. August 1849 an, weil am Tage vorher, dem 13. August, der Beklagte von Klägers Bevollmächtigten um Zahlung gemahnt worden sei.

Noch vor Ueberreichung der Klagschrift, obgleich nach Ausstellung der Vollmacht war der Kläger D. gestorben und es erschien in dem anberaumten Termine dessen Ehefrau, welche er in seinem Testamente zur alleinigen Erbin eingesetzt hatte.

Der Beklagte legte zunächst auf diesen letztern Umstand Gewicht, weil die Wittwe D., wenn gleich sie die Einreichung der Klage und deren

Inhalt genehmigt habe, doch jedenfalls erst eine neue Klagschrift hätte einreichen müssen. Sodann schützte er vor,

1) das streitige Legat sei sub die incerto vermacht, mithin, da ein dies incertus als conditio gelte, für ein bedingtes zu achten. Bei Vermächtnissen dieser Art erlange aber der Legatar erst durch Eintritt der Bedingung ein Recht auf das Legat selbst. Es könne also auch ein solcher Legatar erst von diesem Momente an das Legat auf seine Erben transmittiren. Nun sei aber die Bedingung, nämlich der Verkauf des im Testamente bezeichneten Hauses, noch bis diese Stunde nicht eingetreten. Folglich habe weder die Legatarin, noch deren Söhne, am wenigsten aber die jetzige Klägerin, einen Anspruch auf das fragliche Legat erworben.

2) Da gegenwärtig sowohl die Legatarin Elisabeth D., als ihre beiden Söhne mit Tode abgegangen, so sei jetzt keine Person mehr übrig, welche auf das in Rede stehende Legat einen Anspruch machen könne.

3) Eventuell bemerkt er, wenn wirklich der Klägerin ein Anspruch zustehen sollte, so könne ein solcher nur hinsichtlich der Hälfte des Legats von 300 Thlrn. zugestanden werden. Denn wenn auch beide Söhne ihrer Mutter substituirt seien, so müsse dieß doch, da es sich hier um eine legirte Geldsumme handle, so verstanden werden, als wenn gesagt wäre:

„Jeder der beiden Söhne soll auf den Fall, daß seine Mutter versterben würde, die Summe von 150 Thlrn. haben."

Wie ist zu entscheiden?

DLVIII. Die Wittwe Orphal hatte in ihrem Testamente ihrer Schwester, der verwittweten Gräfe, die Summe von funfzehntausend Thalern in Staatspapieren in der Absicht vermacht, um solche unter ihren Kindern so zu vertheilen, wie es ihr am Besten scheinen würde. „Sie weiß," hieß es über diesen Punkt im Testamente, „was mein Wunsch „gewesen ist, daß sie in dieser Beziehung thun möge. Sollte sie der „Tod übereilen, ehe sie über diese Summe disponirt haben würde, so „vermache ich sie ihren Kindern so, daß sie zu gleichen Theilen unter „ihnen vertheilt werde. Doch nehme ich den zweiten Sohn meiner Schwe„ster, Ernst Gräfe, aus, als welcher gar keinen Antheil an meinem Nach„lasse haben soll."

Später, nachdem die Wittwe Orphal gestorben und ihrer Schwester das Legat eingehändigt war, machte die Letztere im J. 1835 ein Testament, worin sie ihrem ältesten Sohne, Georg Gräfe, den größten Theil der erwähnten Summe, nämlich 8700 Thlr., aussetzte. Sie gab demselben sogar zu seiner Sicherheit mortis causa für 8700 Staatspapiere, wie sie dieselben aus ihrer Schwester Nachlaß überkommen hatte. Im Jahre 1837 starb jedoch der Sohn Georg mit Hinterlassung zweier Töchter, Marie und Johanne G. In Folge dessen änderte die G. im J. 1838 ihren letzten Willen und bestimmte in diesem zweiten Testamente 1) über ihr eignes Vermögen, indem sie ihre vier Kinder und die beiden Töchter ihres Sohnes zu Erben einsetzte; 2) über die ihr von ihrer Schwester zur

Vertheilung nachgelassene Summe in der Weise, daß 7500 Thlr. zwischen ihren beiden Söhnen Ernst und Wilhelm zu gleichen Theilen getheilt werden sollten; von der andern Hälfte, den übrigen 7500 Thlrn., sollte unter ihre sämmtlichen Descendenten gleich vertheilt werden, so jedoch, daß ihre beiden Enkelinnen zusammen nur den Erbtheil ihres Vaters, 1500 Thlr., erhalten sollten.

Gilt das zweite Testament oder war die früher einmal getroffene Disposition zu Gunsten des Sohns Georg unwiderruflich?

Gilt es auch zu Gunsten Ernst Gräfe's?

Wenn dessen Theil ausfallen müßte, wem fiele derselbe zu?

DLIX. Der Hofrath Kunz hatte in seinem Testamente seine beiden Neffen, Georg und Friedrich Eberhard, in folgender Weise bedacht:

„Ich legire nämlich und verpflichte meine Erben, daß sie den beiden „Söhnen meiner verstorbenen Schwester, Georg und Friedrich Eber„hard, und zwar dem ältesten, Georg E., eine jährliche Rente von „600 Thlrn. und dem jüngsten, Friedrich E., eine jährliche Rente von „700 Thlrn., mithin beiden zusammen 1300 Thlr. aus den „Revenüen meiner Güter bezahlen sollen."

In einem nach Verlauf einiger Jahre errichteten Codicille traf der Testator mehrere Veränderungen an seinen letztwilligen Verfügungen; insonderheit verordnete er hinsichtlich des erwähnten Rentenlegats Folgendes:

„Es sollen nämlich die beiden Söhne meiner verstorbenen Schwester, „G. und F., statt der ihnen zusammen vorhin bestimmten 1300 Thlr. „nur ein jeder von ihnen eine jährliche Rente von 500 Thalern, „mithin zusammen 1000 Thlr., zahlbar am 31. December erhalten."

Nachdem der Testator mit Tode abgegangen und die Erbschaft desselben angetreten war, starb am 1. Juli 1846 der älteste der beiden Legatare, Georg Eberhard, mit Hinterlassung einer Schwester und seines erwähnten Bruders Friedrich E. als nächsten Verwandten und Erben. Der Letztere richtete nun im J. 1847 eine Klage gegen den Sohn und Universalerben des Testators K. auf Auszahlung der ganzen Rente von 1000 Thlrn. an ihn, dem der Antheil seines Bruders nunmehr angewachsen sei.

Der beklagte Erbe weigerte sich, dem Kläger mehr als 500 Thlr. auszuzahlen; die andere Hälfte sei nun an die Erbschaft zurückgefallen. Eventuell glaubt er sich höchstens zu einmaliger Zahlung von noch weiteren 250 Thlrn. verpflichtet, wenn man nämlich annehmen wolle, daß Georg E. bereits ein Recht auf diese Hälfte seines Legats erworben und auf seine Erben transmittirt habe.

DLX. In dem Testamente des am 5. October 1843 verstorbenen Seifensieders Pfeifer war dessen Tochter Sophie Pf. als Universalerbin eingesetzt und sodann u. A. bestimmt:

„Im Fall meine Tochter Sophie sich verheirathen würde, sollen von „meinem nachgelassenen Vermögen 4000 Thlr. als ein unerhebliches „Kapital dergestalt angelegt werden, daß die Zinsen davon meine ge= „dachte Tochter Sophie allein zu erheben berechtigt sein soll; diese „4000 Thlr. sollen nach deren Ableben, wenn meine Tochter Kinder „hinterläßt, an diese, wenn dieselbe aber kinderlos verstürbe oder auch „die Ehe getrennt worden und keine Kinder aus derselben vorhanden „wären, an Frau Rosinen Christinen Pfeifer und meiner verstorbenen „Ehegattin Blutsverwandte, deren Kinder oder Kindeskinder, als welche „ich derselben hierdurch substituire, fallen und unter selbigen nach „Stämmen vertheilt werden."

Nachdem am 29. Januar 1848 die eingesetzte Haupterbin, Sophie, geschiedene Z., kinderlos mit Tode abgegangen war, erhoben auf die ge= dachten 4000 Thlr., welche sich seit dem 26. März 1827 unter stadtge= richtlicher Verwaltung befanden, folgende Personen Anspruch:

I) die vier Kinder und Erben der am 9. März 1815 verstorbenen Rosine Christine Pfeifer, nämlich Gottlieb, Amalie, Caroline und Adol= phine Pfeifer,

II) die Blutsverwandten der vor dem Testator verstorbenen Ehe= gattin desselben, Juliane Sophie, geborenen Gruner:

1) ihr Bruder, Gottlob August G. und

2) die Nachkommen ihrer Schwester Christiane Sophie, nämlich Auguste St. und die Söhne Theodor und Camillo St.

Die Interessenten ad I. verlangen die Hälfte der 4000 Thlr. und stützen ihr Verlangen

a) darauf, daß ihre Mutter und Erblasserin erst nach dem Testator Pf. gestorben, mithin derselben das in Rede stehende Fideicommiß bereits angefallen gewesen, von ihr also auf ihre Erben transmittirt worden sei, sowie eventuell

b) auf die Worte des Testaments:

„Frau Rosinen Christinen Pfeifer."

Dieß sei als die Genitivform regiert von den nachfolgenden Accusativen „Blutsverwandte, deren Kinder und Kindeskinder" anzusehen, mithin sie, die Geschwister Pfeifer, direct als Fideicommißerben berufen wären.

c) Ferner machen sie geltend, daß der verstorbene Seifensieder Pfei= fer bei Errichtung seines Testamentes sich dahin ausgesprochen habe, wie es „sein Wille sei, daß sowohl die Verwandten von seiner, wie die von seiner Ehefrau Seite ein jeder Zweig die Hälfte der 4000 Thlr. erhalten sollen."

Dagegen beanspruchen die Interessenten ad II. die gesammten 4000 Thlr., weil die dazu im Testamente mit berufene Rosine Christine Pfeifer den Anfall des ihr zugedacht gewesenen Antheils nicht erlebt habe, dieser daher ihnen als Confideicommissaren, accrescirt sei. Aeußersten Falles gebühre den vier Geschwistern Pfeifer zusammen nur ein Dritt= theil jenes Fideicommisses, weil der Testator ausdrücklich vorgeschrieben, daß nach Stämmen getheilt werden solle.

DLXa. Die Wittwe Tröll in W. errichtete ein Testament, worin es heißt:

„1. Zu Erben ernenne ich hiermit förmlich und feierlichst meine fünf leiblichen Kinder:

a) Christian Friedrich,
b) August,
c) Maria verehel. Schröter,
d) Sophie verehel. Striehn,
e) Auguste jetzt verehel. Stoltze,

und zwar so, daß jede meiner sub c und e genannten Töchter 600 Thlr. von meinem Nachlasse bekommen soll. Die sub d genannte Tochter will ich, da selbige gegen mich nicht gut gesinnt gewesen ist, ausschließen, etwas von mir zu erben, sondern ihre Kinder erster Ehe, welche noch am Leben sind, sollen von meinem Nachlasse 100 Thlr. erben. In das Uebrige meines Nachlasses, welches noch 2500 Thlr. betragen wird, sollen sich meine beiden Söhne theilen.

2. Da mein Nachlaß in der meinem Sohne Christian Friedrich gehörigen Mühle steht, bestimme ich, daß derselbe von seinen Geschwistern wegen Auszahlung ihrer Erbtheile nicht gedrängt werden, mein Sohn August seinen Erbtheil aber zuerst von seinen Geschwistern erhalten soll.

3. Meine in meiner Wohnung vorhandenen Mobilien soll mein Sohn August und sein Bruder sich theilen,

4. meinen Garten vor dem Thore meine Töchter Maria und Auguste zusammen bekommen.

5. Wer von meinen Kindern dieses Testament anfechten wird, soll auf den Pflichttheil beschränkt sein."

Der Vormund der Kinder erster Ehe der Sophie Striehn erhob nun auf Grund des Testaments gegen die sub a, b, c und e genannten Kinder der verstorbenen Wittwe Tröll Klage auf Auszahlung der seinen Pupillen zugedachten 100 Thlr., indem er diese ausdrücklich als „Legat" bezeichnete und behauptete, daß Beklagte die Erbschaft angetreten haben.

Letztere wandten ein: Nach der Fassung des Testaments sei anzunehmen, daß die Kläger die ihnen ausgesetzte Summe nicht als Legatare, sondern als Erben erhalten sollen und überhaupt gar nichts zu fordern haben können, wenn ihre Mutter etwas erbe. Da diese aber das Testament angefochten, gegen ihre Geschwister bereits auf Auszahlung des Pflichttheils Klage erhoben habe und darüber noch nicht entschieden sei, so erscheine die jetzt von ihren Kindern angestellte Klage auf jeden Fall verfrühet und müsse zur Zeit zurückgewiesen werden. Ferner bestimme Nr. 2 des Testaments, daß die Miterben des Christian Friedrich T. ihre Erbportionen nicht eher sollen verlangen können, bis dieser sie ohne Belästigung auszukehren vermöge; dessen Vermögensumstände seien aber von der Art, „daß die Miterben noch gar nichts bekommen haben. Um so weniger können die Enkel der Testatrix schon jetzt etwas verlangen, zumal ihnen auf jeden Fall August T. vorgehen würde. Da nun dieser so wenig als seine Geschwister, mit Ausnahme seines Bruders, bislang etwas erhalten habe, so stelle sich die Klage auch dieserhalb als eine zur Zeit un-

zulässige heraus. Allerdings haben Beklagte erklärt, daß sie der Verfügung der Testatrix gemäß Erben sein wollen; da sie aber zu ganz verschiedenen Theilen bedacht seien, könne ihnen für den Fall, daß die Mutter der Kläger mit der ihrerseits erhobenen Klage durchdringen sollte, die Bezahlung der 100 Thlr. auch gar nicht nach Verhältniß der von der Verstorbenen angeordneten Erbtheile angesonnen werden.

Kläger entgegnete hierauf: Nach dem Vortrage der Beklagten scheine eine Substitution der Kläger behauptet zu sein, welche aus dem Grunde schon nicht angenommen werden könne, weil die klägerische Mutter gar nicht instituirt sei. Andererseits können die 100 Thlr. kein Surrogat für den Erbtheil der letzteren bilden, weil in diesem Fall ihnen mindestens 800 hätten bestimmt sein müssen. Ueberhaupt habe das Anerkenntniß des Testaments den Beklagten jede Möglichkeit zu Einwendungen genommen, die 100 Thlr. bilden ein Legat, zu dessen Bezahlung dieselben durch Antretung der Erbschaft unbedingt verbindlich geworden seien. Daß die Mutter der Kläger gegen ihre Geschwister klagend aufgetreten, werde zugegeben, es stehe aber noch dahin, ob sie siegen werde; trete dieser Fall ein, so können dann ja die Beklagten ihr dasjenige abziehen, was sie etwa zu dem Legate beizutragen haben werde, und im Uebrigen sich wieder unter einander berechnen. Ueberhaupt erscheine der ganze auf die Klage der Mutter der Pupillen gestützte Einwand als eine verwerfliche exceptio ex persona tertii. Ob die sämmtlichen Beklagten bereits etwas von dem Nachlasse zu Händen bekommen oder nicht, sei ganz gleichgültig, da sie die Erbschaft wenigstens angetreten haben. Die Bestimmung sub 2 des Testaments habe keine rechtliche Wirkung, weil dadurch die Verbindlichkeit zur Auszahlung gewissermaßen ganz vom Willen des Schuldners abhängig gemacht worden sei.

Nachdem auf richterliches Befragen Beklagte zugegeben haben, daß nach dem Gesammtwerthe der Erbmasse der Pflichttheil für die Mutter der Kläger wenigstens 800 Thlr. betragen werde, sind die Acten geschlossen und zum Spruche verstellt.

§. 544.

DLXI. In dem Testamente des Tuchmachers Feldmann war dessen einziger Sohn als alleiniger Erbe eingesetzt und dessen Mutter als ein Legat der lebenslängliche Nießbrauch an der ganzen Verlassenschaft ausgesetzt, wobei derselben die cautio usufructuaria erlassen und dem Erben gegenüber die s. g. cautela Socini gebraucht war. Nach dem Tode des Testators hat sich dessen nachgelassene Wittwe einseitig in den Besitz des gesammten Nachlasses gesetzt.

Im folgenden Jahre klagt der eingesetzte Erbe gegen seine Mutter mit dem interdictum quod legatorum auf Herausgabe des gesammten von ihr in Besitz genommenen Nachlasses. Er behauptet in seiner Klagschrift, daß er die Erbschaft angetreten, eventuell jetzt hiermit antreten wolle, daß die Beklagte den Nachlaß ohne des Klägers Willen in Besitz genom-

men und fortwährend besitze. Es sei dieß seinen Interessen nachtheilig und er dadurch beeinträchtigt, weil er durch eigene Besitznahme in den Stand gesetzt wäre:

1) von dem Bestande des Nachlasses Kenntniß zu nehmen, sich ein Verzeichniß desselben zu machen und von der Gegnerin bei Auslieferung des Nachlasses sich über die abgelieferten Gegenstände quittiren zu lassen, um so ihren demnächstigen Erben gegenüber einen Beweis für den Umfang des väterlichen Nachlasses zu haben;

2) sich diejenigen Notizen zu sammeln, die für die Verfolgung seiner Rechte nützlich gewesen wären, Falls etwa Gegenstände des Nachlasses in die Hände Dritter kommen würden. Er hätte sich beglaubigte Abschriften der zum Nachlasse etwa gehörigen Schuld- und Pfandverschreibungen nehmen können und die Erwerbs-Urkunden über die zum Nachlasse gehörigen Immobilien kennen gelernt und die letztern ohne Zweifel zurückbehalten dürfen, da sie kein Gegenstand des Nießbrauchs seien. Alles Uebrige dagegen versprach er sofort nach Erreichung der angegebenen Zwecke zur Ausübung des Nießbrauchs zurückzugeben und bestellte deshalb Realcaution.

Die Beklagte läugnet, daß sie sich ohne den Willen des Klägers in den Besitz der Erbschaft, deren Besitznahme sie zugestand, gesetzt habe. Ueberdieß setzt sie der Klage als Einreden entgegen

1) die Einrede der Retention, welche sie auf ihre (liquide und unbestrittene) Dotalforderung stützt;

2) die exceptio doli, da Kläger Etwas fordere, was er wieder zurückgeben müsse.

l. 8 D. de doli m. et m. exc. (44; 4):

(Paulus:) Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

§. 546—551.

DLXII. Adolph Rommel hatte in seinem Testamente bestimmt: „Als Erben auf meinen Nachlaß setze ich meine beiden Neffen, Julius und Karl Rommel, jeden zu zwei Fünfteln ein und substituire denselben für den Fall, daß Einer oder Beide nicht Erben „würden, meinen Neffen, Georg Günther oder, wenn derselbe nicht „mehr am Leben wäre, dessen Kinder. Auf den noch übrigen Theil „der Erbschaft setze ich denselben Georg Günther und seinen Bruder „Ludwig Günther ein. Dabei verordne ich, daß mein Erbe Karl „an meine Haushälterin eine lebenslängliche Jahresrente von 25 Thlrn. „und an X. die Summe von 700 Thlrn. zahlen soll. Meinem Neffen „Ludwig Günther lege ich die Pflicht auf, dem Dr. Winzer die „Summe von 360 Thlrn. als Legat zu verabfolgen."

Beim Tode des Testators waren Ludwig G. und Karl Rommel bereits verstorben. Julius R. und Georg G. traten die Erbschaft an. Der Letztere wird von den Legataren X., Dr. Winzer und der 34jährigen Haushälterin auf Auszahlung der Vermächtnisse belangt.

Er will jedoch dem X. 28 Thlr., dem Dr. Winzer 60 Thlr. und der Haushälterin 22 Thlr. als Quarta Falcidia in Abzug bringen.

Ist er dazu berechtigt?

---

§. 552.

DLXIII. Gottlob Werner klagt gegen des Landwirths Krug fünf Söhne unter Anführung folgender Thatsachen:

Der Vater der Beklagten habe im J. 1813 seine — des Klägers — Mutter geheirathet und von ihr das von Klägers Vater hinterlassene Gut in X. übernommen. Kläger habe von seinem 10. Lebensjahre an (1820—1836) als Gehülfe in seines Stiefvaters Oeconomie die treuesten Dienste geleistet, ohne dafür irgend einen Lohn oder Vergütung zu erhalten. Zur Vergeltung dieser Dienste habe Krug der Mutter des Klägers in dessen Gegenwart das von ihr und ihm acceptirte Versprechen gegeben, Kläger solle von seinem, des Stiefvaters, Vermögen denselben Betrag erhalten, der auf jedes seiner leiblichen Kinder falle, und dieses Versprechen habe K. ihm noch 1836 bei Klägers Verheirathung wiederholt. Krug sei im J. 1844 ohne Testament verstorben und habe die Beklagten als seine und eines vor ihm verstorbenen Sohnes Erben hinterlassen. Von dem nach Abzug der Schulden auf 4200 Thlr. anzuschlagenden Nachlasse verlangt daher Kläger 700 Thlr. als $^1/_6$, eventuell 600 Thlr. als $^1/_7$ des Ganzen.

Die Beklagten wenden ein, es fehle dem der Klage zu Grunde gelegten Rechtsgeschäft die für mortis c. don. erforderliche Form. Hiergegen bemerkt der Kläger, es sei der Tod hier nur erwähnt, um den Betrag der Schenkung oder um den Auszahlungstermin zu bestimmen. Auch liege hier eine donatio remuneratoria vor, die von jener Form ausgenommen sei.

DLXIV. Der Rittergutsbesitzer Hopf hatte im Jahre 1818 sein Rittergut an seine Ehefrau, Eleonore Hopf, unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten für die Summe von 60000 Thlrn. verkauft, von welchem Kaufpreise 1000 Thlr. durch Uebernahme einer Hypothekenschuld von gleicher Höhe getilgt, 59000 Thlr. dagegen auf jedesmaliges Verlangen des Verkäufers gezahlt werden sollten. Dabei hatte sich der Verkäufer wegen der letztern Summe die Hypothek am Rittergute sowie den lebenslänglichen Nießbrauch des verkauften Guts und der Zubehörungen bis zu seinem Ableben vorbehalten. Auch hatte die Käuferin für die Dauer des Nießbrauchs auf das Recht, das Gut zu veräußern oder zu verpfänden, verzichtet und sich anheischig gemacht, auf den unverhofften Fall einer Trennung der Ehe durch Scheidung das Gut um denselben Preis an den Verkäufer zurückzugeben.

Etwa 10 Jahre vor dem im J. 1833 erfolgten Tode Hopf's hatte derselbe seiner Ehegattin über 6000 Thlr. von den schuldigen 59000 Thlrn. in zwei verschiedenen Posten (nämlich über 1800 Thlr. und über 4200 Thlr.)

und zu verschiedenen Zeiten Quittungen ausgestellt, auch diese Summe bei der Lehnsbehörde löschen lassen.

Nach dem Tode Hopf's entstand zwischen dessen testamentarischen Erben, nämlich dessen hinterlassener Wittwe und zwei kurz nach dem Tode ihres Vaters verheiratheten Töchtern, Streit, indem die letztern verlangten, daß ihre Mutter die quittirten 6000 Thaler in gleicher Weise, wie die übrigen unbezahlten Kaufgelder zur gemeinschaftlichen Vertheilung bringen bringen solle. Sie behaupten nämlich, ihre Mutter habe jene 6000 Thaler gar nicht wirklich bezahlt, auch weder bei Eingehung der Ehe mit ihrem Vater Etwas besessen, noch bis zu des letztern Tode Etwas erworben.

Die Wittwe dagegen gesteht zwar zu, daß sie jene 6000 Thlr. nicht bezahlt, sondern daß dieselben ein Geschenk ihres Ehemanns seien. Sie hält sich jedoch durch diese Schenkung nicht nur hinsichtlich der 6000 Thlr. für legitimirt, sondern verlangt überdieß, gleichfalls auf Grund einer Schenkung den größten Theil des Mobiliars, einen bedeutenden Weinvorrath und andere nicht zur Gutswirthschaft gehörige Gegenstände, zuzusammen im Werthe von 2100 Thlrn., — wobei sie noch anführt, daß ihr Ehemann diese Sachen zu verschiedenen Zeiten in einzelnen Schenkungen ihr geschenkt, von denen keine den Betrag von 300 Thlrn. überstiegen habe. — Auch die Beiziehung dieser Gegenstände zur Erbschaftsmasse verweigert sie.

Sie hält den Gegnern insbesondere vor, daß ihr Vater in seinem Testamente ausdrücklich bestimmt habe, daß, wenn eines seiner Kinder oder deren Vormund das Testament oder die Dispositionen anfechten würde, die er noch bei Lebzeiten zu Gunsten seiner Ehefrau getroffen habe, dieses Kind auf den Pflichttheil gesetzt sein solle. Diese Bestimmung finde jetzt Anwendung, und schon deshalb, weil ihr als Miterbin Alles zufalle, was ihren Miterbinnen entzogen werde, müsse das Verlangen ihrer Töchter als unstatthaft zurückgewiesen werden.

Aber auch die Herausgabe des den Töchtern wirklich zustehenden Erbtheils will ihnen ihre Mutter für jetzt noch verweigern mit Beziehung auf folgende Bestimmung des väterlichen Testaments:

„Es solle seine Ehegattin bis zur Majorennität ihrer beiden Töchter „die Nutzungen und Zinsen des Erbtheils derselben beziehen, dafür „aber deren Erziehung, Ausbildung und Ernährung bis dahin aus „ihren eignen Mitteln bestreiten."

Dagegen machen die Schwiegersöhne der beiden noch minderjährigen Töchter geltend,

1) die für den Nießbrauch von der Mutter zu prästirende Gegenleistung sei durch die Verheirathung ihrer Töchter auf deren Ehemänner übergegangen, mithin für die Mutter hinweggefallen, — damit aber auch zugleich das dadurch bedingte Nießbrauchsrecht selbst.

2) Mindestens könnten sie, die Schwiegersöhne, ein Aequivalent für die entbehrten jährlichen Nutzungen des väterlichen Erbtheils ihrer Ehefrauen bis zu deren Majorennität verlangen.

Sechstes Capitel. Fideicommissaria hereditas.

§. 553—557.

DLXV. Der Apotheker Ernst Sturm hatte am 26. Novbr. 1834 bei den Gerichten zu X. ein Testament und an demselben Tage einen Nachtrag zu diesem Testamente, beide Urkunden d. d. X. den 26. Nov. 1834, niedergelegt.

In diesem Testamente hatte Sturm zu seinem Universalerben seinen Bruder Bernhard Sturm und für den Fall, daß derselbe bei seinem, des Testators, Ableben schon verstorben sein sollte oder sein Erbe nicht werden wollte, mithin, — wie er selbst bemerkt hatte, — substitutionsweise seine Pflegetochter, verehelichte Kurz, eingesetzt. Daneben hatte der Testator der letztern eine von dem eingesetzten Erben auszuzahlende Summe von zehn Tausend Thalern beschieden, jedoch nur für den Fall, daß die eventuell angeordnete Substitution nicht eintreten würde. Außerdem, falls dieselbe in Wirksamkeit träte, sollte diese Summe an seine Schwägerin, die Ehegattin seines Bruders, B. Sturm, fallen und von seiner Pflegetochter ausgezahlt werden. Ueberdieß hatte der Testator seiner gedachten Pflegetochter ein Capital von sechs Tausend Thalern, dessen Zinsengenuß jedoch seiner Schwester, Auguste Sturm, auf die Zeit ihres Lebens zustehen sollte, vermacht.

Auch bei der Disposition des Testators über sein Mobiliar, welches er in §. 8 angegeben, hatte er seiner Pflegetochter einen Antheil daran legirt.

In dem zugleich mit dem Testamente übergebenen Nachtrage hatte er sich dahin ausgesprochen, daß er

„noch den Wunsch und die Bitte an meinen geliebten Bruder Bern„hard und dessen Frau Gemahlin beizufügen habe, wie solche, im Fall „sie ohne Descendenz mit Tode abgehen sollten, dasjenige Vermögen, „welches sie resp. als Universalerben oder als Legatare aus meinem „dereinstigen Nachlasse orhalten werden, bei ihrem Ableben meiner „Pflegetochter, verehelichten Kurz, als derjenigen, welche ich substitu„tionsweise als Universalerbin eingesetzt, zurückstellen und somit nicht „auf Andre oder Fremde vererben oder verschenken mögen."

Dabei hatte er zugleich bestimmt,

„daß indessen beide, weder mein geliebter Bruder, noch dessen Ge„mahlin, an der willkürlichen Verwaltung dieses von mir ererbten „Vermögens, sowie wegen sonstiger Verfügung über dasselbe beschränkt, „noch weniger zu Bestellung einer Caution verpflichtet sein sollen, in„dem von einer solchen hier gar nicht die Rede sein soll und kann."

Am Schlusse hatte er noch „die Hoffnung" ausgesprochen,

„daß meinen Wünschen hierunter von meinem Herrn Bruder und dessen „Frau Gemahlin werde gewillfahret werden und sie mir diesen Wunsch „nicht verargen mögen,"

indem er noch als Motiv hinzugefügt hatte,

„da meine Pflegetochter mir näher am Herzen liegt, als die Verwandten

„der Gemahlin meines Bruders, soweit solche mit mir nicht Bluts-„verwandte sind.“

Nach dem am 2. Sept. 1836 erfolgten Tode des Testators wurde dessen Testament von den Gerichten vorschriftsmäßig eröffnet und publicirt, auch von dem Erben B. St., welcher der Eröffnung beigewohnt, anerkannt.

Am 21. Juli 1845 starb auch der ebengenannte Bruder und Erbe des Apothekers Sturm ohne Descendenz mit Hinterlassung seiner Wittwe als einziger testamentarischer Erbin. Diese trat den Nachlaß an, starb aber den 9. Februar 1847 gleichfalls ohne Descendenz und hinterließ ihre Schwester Georgine Winkler als einzige Intestaterbin, welche sich in den Besitz der gesammten Erbschaft setzte.

Gegen diese klagt die Pflegetochter Sturm's, die verehelichte Kurz.

DLXVI. Gegen die Erben der im August 1844 ohne Testament verstorbenen Wittwe Angermann geb. Hempel, nämlich der letztern Bruder Dr. Hempel, ihren Schwager den Gastwirth Angermann und ihre Neffen Julius Hempel und Ludwig Angermann, klagte Hermann Schmidt sowohl auf Erfüllung einer von der Erblasserin bei deren Lebzeiten ihm gemachten Schenkung von 200 Thlrn., als auch auf Remuneration für ihr geleistete Pflege und sonstige Dienste. Der Kläger hält sich für berechtigt, wegen dieser Forderungen den Nachlaß der A., auch soweit er von dem im J. 1815 verstorbenen Ehemanne derselben herrühre, in Anspruch zu nehmen, indem er sich in dieser Beziehung auf das im J. 1811 errichtete Testament des letztern beruft. Die darauf bezüglichen Stellen dieses Testaments lauten, wie folgt:

„Was mein Vermögen, es bestehe solches bei meinem tödtlichen „Hintritte in beweg- und unbeweglichen Gütern, außenstehenden For„derungen oder Schulden, anbelangt, so setze ich hiermit meine geliebte „Ehegattin, Sophie Margarethe geb. Hempel zu meiner einzi„gen, wahren Universalerbin unter dem Titel der ehrenvollen Erbein„setzung dergestalt und also ein, daß dieselbe nach meinem tödtlichen „Hintritte meines gesammten Nachlasses, Nichts davon ausgeschlossen, „sich sofort anmaaßen und denselben erben, haben und bekommen soll.

„Jedoch soll gedachte meine Ehefrau und eingesetzte Universalerbin, „da ich überzeugt bin, daß dieselbe anderweit sich nicht verehelichen „wird, gehalten sein, bei ihrem dereinstigen Ableben den gesammten „Nachlaß meinen und ihren Geschwistern oder, dafern eines „oder das andere vor ihr versterben sollte, daß sowohl meine als „ihre Geschwister diesen Nachlaß nach ihrem Ableben erben, haben „und bekommen sollen.“

„— vielmehr soll meine Ehefrau befugt sein, über meinen gesamm„ten Nachlaß ihre Lebenszeit über frei zu disponiren, mein von mir „besessenes Haus verkaufen oder Gelder darauf aufnehmen zu können „und so viel, was sie ihre Lebenszeit davon braucht, ohne irgend eine

„Beschränkung verwenden zu können, und nur dasjenige, was nach „ihrem Ableben übrig ist, meinen und ihren Geschwistern überlassen.

„Ferner verordne ich, daß, dafern einer meiner Brüder Streit er= „regen oder gar dieses Testament anfechten sollte, derselbe hiermit von „meinem letzten Willen gänzlich ausgeschlossen und Etwas von demje= „nigen, was nach dem Tode meiner Frau übrig bleiben wird, so über= „haupt von meinem und ihrem Nachlasse Nichts bekommen und „dessen Antheil gedachter meiner Ehefrau zur freien Disposition ange= „fallen sein soll."

Bei dem Tode der Wittwe A. hatten sich sowohl die Geschwister und Geschwisterkinder des verstorbenen Ehemanns, als auch die Verwandten der Ehefrau zu dem vereinigten Nachlasse des A. und seiner Wittwe gemeldet und es war vor der Nachlaßbehörde ein Protokoll aufgenommen worden, besage dessen diese sämmtlichen Erbinteressenten einander gegenseitig als die alleinigen durch das fragliche Testament zu der jetzigen Erbschaft berufenen Erben anerkannten, auch das Testament selbst agnoscirten.

Gegen die mit Bezug auf jenes Testament von Schmidt erhobene Klage erwiederten die beklagten Erben des Testators A., daß es sich hier um persönliche Schulden der verstorbenen Wittwe A. handle, zu deren Vertretung sie nicht verpflichtet seien..

Entscheidung.

DLXVII. Der Gutsbesitzer M., welcher bei seiner Verheirathung i. J. 1808 mit seiner Frau einen Ehevertrag des Inhalts abgeschlossen hatte, daß

„der Ueberlebende in allen elterlichen und ererbten Erbgütern des Ver= „storbenen den lebenslänglichen Nießbrauch haben, das Eigenthum aber „an die nächsten Blutsverwandten zurückzahlen solle,

starb den 18. Juli 1836 mit Hinterlassung eines gerichtlich deponirten eigenhändigen Testaments vom 31. Januar 1835 und einer zusätzlichen letztwilligen Verfügung vom 28. October dess. J. In dem Testamente hatte er verordnet:

„1) Meine geliebteste Ehefrau Maria Theresia M. ernenne ich zu „meiner Universalerbin. Sie soll all' unser gemeinsam besessenes, be= „wegliches und mit einander weiter erworbenes unbewegliches Vermö= „gen in Folge der von uns im J. 1808 errichteten Ehepakten unbe= „schwert gänzlich zum Voraus erhalten.

„2) In Gemäßheit derselben Ehepakten bleibt meiner Ehegattin „lebenslänglich der Nießbrauch von allem mir erblich zugefallenen väter= „lichen und mütterlichen Vermögen.

„3) Aus meinem mütterlichen Erbvermögen vermache ich derselben „zum Andenken der mir immer und auch den Meinigen stets erwiese= „nen Liebe und Treue das Dermbacher Gartengut als eine remunera= „torische Schenkung dergestalt, daß meine liebe Ehefrau darüber mit „dessen vollem Eigenthum und Zubehör nach Gefallen disponiren möge.

„4) Auch wünsche ich, daß nach Ableben meiner Frau das genannte „Gartengut zu D., worüber sie zu entscheiden hat, meiner Base, Clara „F., falls solche noch leben sollte, zu lebenslänglicher Wohnung und „Genuß gegeben werde.

„5) Aus demselben mütterlichen Vermögen vermache ich meiner Base „Therese F. den Hof zu D., wie ihn dermalen Peter K. in Pachtung „hat, unbeschadet des vollen Nießbrauchs meiner Ehegattin und abzüg„lich, was dazu gekauft ist. Sollte meine Base Therese vor mir mit „Tode abgehen, so hört diese Schenkung auf.

„6) Im gleichen Vertrauen zu meinem noch lebenden Bruder oder „dessen Kindern und den Kindern meiner verstorbenen Schwester ver„mache ich mein elterliches Vermögen, namentlich das Gut Neuenhof „und Zubehör.

„Sollte aus irgend einem Grunde, als wenn gegenwärtige Dispo„sition den Ehepakten entgegen wäre, im Mindesten anfechten, würde „von dem Vermögen, worüber ich disponirt habe, diejenige zu Gunsten „meiner lieben Ehegattin vollends ausgeschlossen sein."

In der Zusatzverfügung vom 28. October 1835 hieß es in der Einleitung: „Da nach Absterben meiner Frau einige in meiner am 31. Ja„nuar 1835 selbst geschriebenen letzten Willensmeinung benannte Grund„stücke auf die Erben meines Bruders und meiner Schwester fallen 2c."

Die Wittwe des M. hatte am 13. Februar 1838 das zum elterlichen Vermögen des M. gehörende Gut Neuenhof auf 9 Jahre an den Landwirth Döbel verpachtet und am 11. Nov. 1845 den Pachtvertrag auf weitre 9 Jahre bis zum 22. Februar 1856 mit dem Pächter verlängert. Sie starb während der Pachtzeit am 12. Juni 1849.

Es klagen darauf im Juli 1849 die Intestaterben des M. gegen die Erben seiner Wittwe auf Auslieferung der elterlichen Immobilien des M. mit den Früchten seit dem Tode seiner Wittwe und belangen zugleich den Pächter Döbel auf Räumung des Guts Neuenhof nebst Schadenersatz.

Sind diese beiden Klagen begründet? —

DLXVIII. Der Kaufmann Johann Peter zu L. hatte in seinem am 12. Nov. 1789 errichteten Testamente seine Ehefrau zu einem, seine einzige unmündige Tochter, Christiane Caroline, nachher verehelichte Meister, zu zwei Dritttheilen zu Erben eingesetzt und verordnet:

„daß, wenn meine Tochter nach mir in der Unmündigkeit oder sonst „ohne Leibeserben versterben würde, von deren Nachlasse ihre Mut„ter die eine, meine noch lebenden drei Geschwister, Georg Peter, „Ludwig P. und Ottilie P., soviel deren bei dem Tode meiner Toch„ter noch am Leben sind, die andre Hälfte an sich nehmen und zu „gleichen Theilen unter sich vertheilen sollen, indem ich dieselben titulo „institutionis meiner Tochter substituirt haben will,"

ferner:

„daß, wenn dieser mein letzter Wille wider Verhoffen nicht als ein

„zierliches Testament angesehen werden könnte, solcher doch als ein Fi-
„deicommiß, Schenkung auf den Todesfall oder unter den Lebendigen,
„oder wie es sonst den Rechten gemäß, gelten soll."

Dieses Testament wurde sowohl von dem Vormunde der vom Testator nachgelassenen unmündigen Tochter, als auch von dieser selbst, nach erlangter Volljährigkeit und zwar, da sie damals bereits mit M e i s t e r sich verheirathet hatte, unter dessen und eines allgemeinen Geschlechtsvormundes Beitritt, anerkannt. Die Wittwe des Testators war noch vor dem Letztern verstorben und daher der ganze Nachlaß an dessen Tochter gefallen. Am 30. Januar 1828 starb sie kinderlos, jedoch mit Hinterlassung eines reciprocirlichen Testamentes, worin sie ihren Ehemann M. zum alleinigen Erben eingesetzt hatte. Von den in dem Testamente ihres Vaters ihr substituirten Geschwistern hatte nur die Schwester, Ottilie P., sie überlebt, indem diese erst am 7. October 1833 verstarb. Der Letztern Intestaterben klagten nun gegen M., den Ehemann der verstorbenen P., als alleinigen Erben seiner Ehefrau, auf Herausgabe der Hälfte ihres Nachlasses nebst Nutzungen und Zinsen des Verzugs vom Tage ihres Absterbens an, indem sie zugleich darüber richtige Specification forderten. Doch stellten sie schon in der Klage eine vorläufige Berechnung des Nachlasses auf Grund der beigelegten Vormundschaftsacten in d e r Weise auf, daß sie den Betrag des Vermögens so angaben, wie es ihr bei ihrer Volljährigkeit ausgeliefert worden, welcher letztre Betrag durch die inmittelst aufgewachsenen und dazu geschlagenen Nutzungen ein bedeutend höherer war, als der Betrag des vom Testator hinterlassenen Vermögens. Sie stützten sich für ihren Anspruch auf die oben angeführte testamentarische Disposition des P.

Der Beklagte setzte der Klage hauptsächlich folgende Ausflüchte entgegen:

1) Die Bedingung für die Substitution der Kläger, „daß seine Ehefrau o h n e L e i b e s e r b e n versterbe," sei nicht eingetreten, denn er, der hinterlassene Wittwer, sei als Leibeserbe zu betrachten, da er in Folge eines Gesetzes vom 31. Januar 1829 ein Pflichttheilsrecht an dem Nachlasse seiner Frau habe.

2) Jedenfalls stehe der Klage der Einwand der Zuvielforderung entgegen; denn

a) könnten Kläger keinesfalls mehr, als die Hälfte des vom Testator P. auf dessen Tochter vererbten, nicht aber die Hälfte des nach ihrer Volljährigkeit ihr ausgeantworteten und durch Ansammlung bedeutend vergrößerten Vermögens,

b) Verzugszinsen höchstens von Zeit der erhobenen Klage an beanspruchen.

c) Außerdem müßten Kläger sich wenigstens 9000 Thlr., welche theils durch unsichere Ausleihung verloren gegangen, theils nach und nach in die Wirthschaft verwendet worden wären, in Abrechnung bringen lassen und

d) auch den Abzug der Quarta Trebellianica gestatten.

DLXIX. Carl Friedrich Neubert ernannte in seinem Testamente zum Universalerben seines Nachlasses seinen Adoptivsohn Friedrich Carl Richter, genannt Neubert. Im §. 2 seines Testamentes verordnete er betreffs desselben noch Folgendes:

„§. 2. Mein genannter Universalerbe, welcher mir vielfachen Grund zur Unzufriedenheit gegeben hat, so daß ich leider befürchten muß, daß, wenn er in den unbeschränkten Besitz meines Vermögens kommt, er solches mit der Zeit durchbringen werde, soll, so lange er nicht Beweise von seiner aufrichtigen Besserung gegeben hat, als worüber die weiter unten genannten Personen allein zu entscheiden haben, durchaus keine Disposition weder über die Substanz, noch über die Nutzungen meines künftigen Nachlasses haben. Es sollen ihm zwar die Grundstücke, die ich hinterlassen werde, in Lehn und Würden gereicht werden: allein ich verbiete ihm hiermit deren Veräußerung oder Verpfändung, sowie die Gebarung über meinen sonstigen Mobiliarnachlaß ohne Einwilligung der weiter unten benannten Personen. Die Verwaltung meines sämmtlichen beweglichen und unbeweglichen Nachlasses soll nämlich die leibliche Mutter meines Adoptivsohnes, Frau Ernestine Richter, unter Hinzuziehung meines zeitherigen Generalbevollmächtigten, des Herrn Advocaten Sonnekalb, übernehmen und besorgen. Beide obengenannten Personen sollen über die Einnahmen und Ausgaben meines Nachlasses richtige Rechnung führen und dasjenige, was von den Nutzungen meines Vermögens übrig bleibt, verzinslich anlegen. Dem Ermessen beider Personen bleibt überlassen, was und wieviel sie meinem Adoptivsohne zu seinen Lebensbedürfnissen verabreichen wollen. Sollten sie sich dann gründlich überzeugen, daß mein Adoptivsohn seinen Lebenswandel geändert habe, so daß kein Rückfall zu befürchten stehe, so sollen sie meinem Universalerben die Verwaltung und Benutzung seines Eigenthums selbst übergeben. Außerdem soll er davon bis an seinen Tod ausgeschlossen bleiben. Da meinem Adoptivsohne so viel verabreicht werden wird, als er zu seinem Lebensunterhalte nöthig hat, so verbiete ich ihm ausdrücklich, Schulden zu machen. Thut er dieß dennoch und kommt solches zur Kenntniß der Verwalter meines Nachlasses, so sollen diese nicht nur das Recht, sondern auch die Verpflichtung haben, bei der betreffenden Behörde darauf anzutragen, daß mein Adoptivsohn öffentlich für einen Verschwender erklärt und ihm ein Zustandsvormund bestellt werde.

§. 3. Sollte mein Adoptivsohn, von dessen Betragen es ja allein abhängen wird, ob er in den uneingeschränkten Besitz meines Nachlasses kommen will oder nicht, meine wohlgemeinte Absicht verkennen, mit meinen obigen Aenderungen nicht zufrieden sein und darüber Streit anfangen oder wohl gar diesen meinen letzten Willen anfechten wollen, so setze ich ihn hiermit auf den Pflichttheil und verordne, daß für diesen Fall Frau Marie Christiane verwittwete Richter meine Universalerbin sein soll, indem ich sie hiermit als solche sub titulo honorabili institutionis eventuell einsetze.

§. 4. Stirbt mein Adoptivsohn ohne rechtmäßige Descendenz, so soll seine Mutter, sofern sie noch am Leben ist, seine Erbin sein u. s. w."

In einem Nachtrage zu dem Testamente bestimmte der Testator noch:

„Stirbt mein Universalerbe ohne rechtmäßige Descendenz, so soll seine Mutter, sofern sie noch am Leben ist, seine Erbin sein. Sollte aber mein Universalerbe ohne rechtmäßige Kinder nach seiner Mutter mit Tode abgehen, so substituire ich ihm für diesen Fall meine Muhme, Frau Elisabeth Kritzmüller, und deren mit ihrem jetztgen Ehemanne erzeugte Kinder, soviel deren eintretenden Falles am Leben sind, dergestalt, daß diese substituirten Erben den Nachlaß, soweit er von mir herrührt, zu gleichen Theilen erben und erhalten sollen."

Nach dem Tode Carl Friedrich Neubert's wurde dessen Testament allseitig anerkannt. Bald entstand jedoch zwischen den bestellten Verwaltern des Nachlasses und dem eingesetzten Erben eine Differenz über die Höhe des dem Letztern zu gewährenden Sustentationsquantums und über eine Rechnungsablegung. Späterhin aber kamen verschiedene Gläubiger des Erben des C. F. N. wegen mehrerer, zum Theil bedeutender Forderungen ein und erlangten auch im Proceßweg rechtskräftige Verurtheilungen desselben.

Als aber darauf die Gläubiger die Execution dieser Verurtheilungen in die zur Erbschaft gehörigen Grundstücke beantragten, intervenirten die substituirten Erbinnen gegen jede derartige Hülfsvollstreckung und es wurde hierüber ein rechtliches Verfahren eingeleitet. In demselben machten die Intervenientinnen, indem sie sich auf das angeführte Testament beriefen, besonders Folgendes geltend:

1) Den Anträgen der Gläubiger stehe vor Allem schon das im §. 2 des Testaments enthaltene Veräußerungsverbot entgegen, da jede demselben zuwiderlaufende Veräußerung nichtig sein würde, mithin auch die Befriedigung der Gläubiger aus dem Nachlasse unstatthaft sei.

2) Auch durch das im Nachtrage zu dem Testamente errichtete Universalfideicommiß würden jene Anträge behindert.

Hiergegen bemerken die Gläubiger: Was zunächst

1) das im Testamente enthaltene Veräußerungsverbot betreffe, so könne dasselbe hier keine Nichtigkeit der Veräußerung bewirken, weil es nicht im Interesse Dritter, sondern im eigenen Interesse des beklagten Erben erlassen, mithin als nudum praeceptum keine rechtsverbindliche Kraft habe.

l. 114 §. 14 D. de legat. I. (30).

2) Die im Nachtrage zu dem Testamente getroffene Substitution sei eine durchaus ungültige Disposition, da sie auf den Fall geschehen, daß der Erbe, nachdem er angetreten, versterbe. Wollte man sie auch als Pupillarsubstitution interpretiren, so würde sie durch die eingetretene Mündigkeit des Erben ihre Erledigung gefunden haben. — Gesetzt aber auch, man dürfte jene Disposition als eine fideicommissarische Substitution aufrecht erhalten, so würde doch

a) dieses Fideicommiß ein fideicommissum ejus, quod supererit sein;

b) aber auch abgesehen davon, würde dadurch die Dispositionsbe-

fugniß des Fiduciars keineswegs ausgeschlossen sein, da es dann ein bedingtes Fideicommiß und der Eintritt der Bedingung noch ungewiß sei.

c) Im äußersten Falle aber würde doch daraus eine Behinderung des Fiduciars, über die restituirende Erbschaft zu verfügen, nur für $^5/_{12}$ der Erbschaft hergeleitet werden können. Hinsichtlich der übrigen $^7/_{12}$ dagegen habe der Beklagte unbeschränkte Dispositionsbefugniß, da er sowohl den Pflichttheil, als auch die Quarta Trebelliana abziehen dürfe. Also könnten schlimmsten Falls die fraglichen Executionsanträge nur insoweit, als sie die zu restituirenden $^5/_{12}$ beträfen, abgewiesen werden; bis zu $^7/_{12}$ der bezeichneten Grundstücke müsse jedenfalls die Hülfe vollstreckt werden.

Die Intervenientinnen bestreiten diese Argumentationen, indem sie denselben entgegensetzen:

1) Das im §. 2 ausgesprochene Veräußerungsverbot sei kein wirkungsloses nudum praeceptum, schon deshalb nicht, weil vom Testator ein Grund dafür angeführt sei, wenn auch derselbe zunächst das Beste des Erben selbst bezwecke. Man müsse aber noch weiter gehen und sagen, das Veräußerungsverbot sei hier im Interesse Dritter erlassen, weil dasselbe offenbar im Zusammenhange mit dem in §. 3, §. 4 und im Nachtrage angeordneten Universalfideicommisse stehe, wenigstens sei für diesen Zusammenhang zu präsumiren, die Reihenfolge der Bestimmungen entscheide Nichts.

§. 34. Inst. de legatis:

Sed quia incivile esse putavimus, scripturae ordinem quidem sequi, (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem.

Als testamentarisches Veräußerungsverbot afficire es die Sachen selbst und bewirke, daß jede Veräußerung derselben so null und nichtig sei, als wenn solche durch ein Gesetz verboten wäre.

2) Auch bei einem bedingten Fideicommisse werde eine während des Schwebens der Bedingung erfolgte Veräußerung bei dem Eintreten der Bedingung als ungültig angesehen, woraus folge, daß Veräußerungen zum Nachtheile des Fideicommißerben wenigstens nicht vom Richter vorgenommen werden dürften.. Auch eine theilweise Dispositionsbefugniß des Fiduciars wegen der ihm zustehenden Abzüge könne nicht anerkannt werden, denn

a) des Rechtes auf die Legitima sei der Beklagte, der Fiduciar, dadurch verlustig geworden, daß er das Testament seines Adoptivvaters, in welchem ihm die Wahl gelassen worden, ob er mehr als seinen Pflichttheil mit gewissen Beschwerungen oder nur diesen, jedoch ohne alle Lasten, haben wolle, anerkannt und den Nachlaß aus dem Testamente angetreten habe.

b) Zum Abzuge der quarta Trebellianica sei zwar der Beklagte allerdings berechtigt; allein dieß enthalte keinen Grund, demselben oder an dessen Stelle den Gläubigern den Verkauf der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke zu gestatten. Denn da bis jetzt noch kein Nachlaßverzeichniß

aufgenommen sei, so lasse sich auch nicht einmal mit einiger Wahrscheinlichkeit bestimmen, inwiefern der Beklagte durch sein Recht auf die quarta Trebellianica einen Antheil und einen wie großen Antheil er an den fraglichen Grundstücken habe. Aber selbst wenn sich der Bestand des Nachlasses, wie solcher zur Zeit des Ablebens des Erblassers gewesen, übersehen ließe, so würde man immer noch nicht bestimmen können, wie viel der Beklagte vermöge seines Rechtes auf die quarta Trebellianica aus dem Nachlasse zu erhalten habe, weil sich nicht vorhersehen lasse, wie viel der Nachlaß zur Zeit der Restitution, wenn es zu dieser überhaupt kommen sollte, betragen werde; denn die quarta Trebellianica sei nicht nach der Zeit des Todes des Erblassers, sondern nach der Zeit, wo die Erbschaft restituirt werde, zu berechnen.

l. 22 §. 2 D. ad SC. Trebell. (36. 1).

3) Doch würde es für den vorliegenden Fall nicht einmal Etwas ändern, wenn man dem Beklagten auch den Abzug der Legitima gestatten wollte, oder wenn der Betrag der quarta Trebellianica sich schon jetzt feststellen ließe. Denn alsdann würde der Beklagte doch um Nichts besser gestellt sein, als ein Miterbe zu $^{7}/_{12}$. Ein solcher würde nun zwar mit der actio familiae erciscundae erlangen können, daß ihm statt des ideellen Antheils einzelne Sachen, soviel seiner Erbquote gleichkommen, zugewiesen würden; er könnte auch schon vor erfolgter Erbtheilung über seine portio hereditaria frei verfügen und sie veräußern, — nicht aber könne er über einzelne Sachen verfügen, bevor die Theilung vollzogen sei. An diesen einzelnen Sachen könne er nicht einmal seinen ideellen Antheil veräußern.

DLXX. Dr. Büchner hinterließ bei seinem im Jahre 1809 erfolgten Tode ein Testament, in welchem er

1) seine Ehegattin,

2) die Kinder seiner beiden Brüder zu Erben einsetzte, jedoch so, daß seine Ehefrau nach seinem Tode seines ganzen Nachlasses sich anmaaßen und lebenslang die Nutzungen davon ziehen, nach ihrem Ableben aber sein Nachlaß seinen genannten Bruderskindern zufallen sollte. Den letztern substituirte der Testator für den Fall, daß sie vor ihm versterben sollten, ihre Descendenten; in deren Ermanglung aber substituirte er sie selbst einander gegenseitig.

Die Wittwe des Erblassers erkannte diesen letzten Willen ihres verstorbenen Ehemanns stillschweigend dadurch an, daß sie sich in Besitz der sämmtlichen Nachlaßgegenstände setzte. In diesem Besitze blieb sie auch, von den übrigen Erben unangefochten, bis zum Jahre 1828. Erst in diesem Jahre trugen vier von den noch lebenden neun Bruderskindern des verstorbenen B., als fideicommissarische Erben desselben, darauf an, daß der Wittwe B. auferlegt werden möchte, wegen Restitution des Fideicommisses Caution zu leisten, insbesondere eine Nachlaßspecification ein-

zureichen und die zum Nachlasse ihres Ehemanns gehörigen Dokumente zum gerichtlichen Depositum abzuliefern.

Die A. entgegnet auf diesen Antrag:

1) In dem Testamente ihres verstorbenen Ehemanns sei ihr die Cautionsbestellung erlassen, durch die Bestimmung, daß sie sich des Nachlasses anmaaßen solle.

2) Es könne von den Antragstellern nur für ihren Theil, also nur zu $^{4}/_{9}$ und wegen Abzugs der quarta Trebellanica nur zu $^{3}/_{9}$ Caution gefordert werden.

Entscheidung.

Register.

A.

B.

D.

E.

F.

G.

K.

L.

M.

Q.

R.

S.

T.

U.

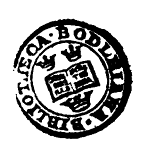
V.

W.

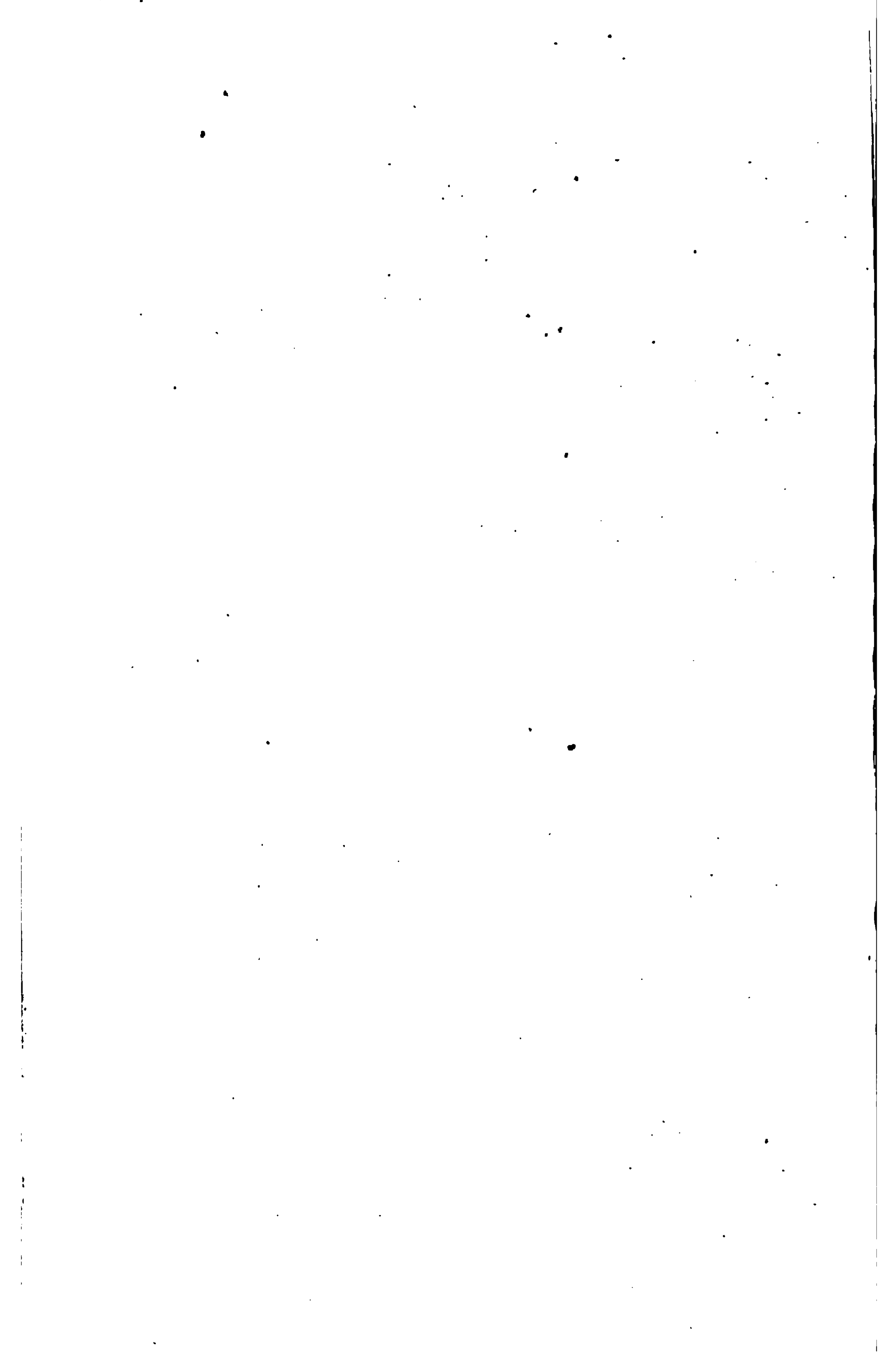
Z.

Druckfehler.

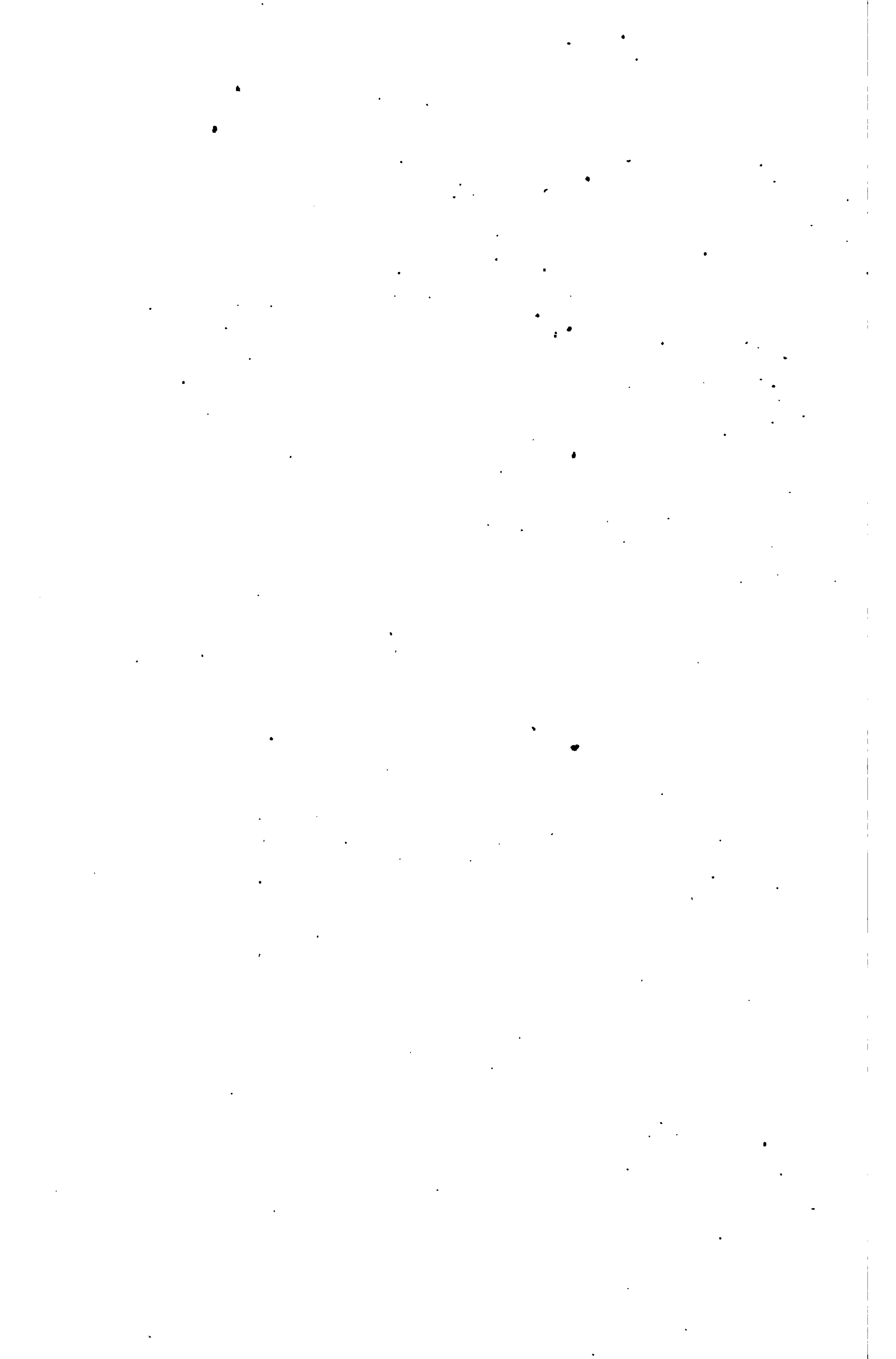
S. 8 Z. 1 lies V. statt VI.
S. 97 lies XCIX. statt XCIV.
S. 181 lies CLXXII. statt CLXXVIII.
S. 252 lies CCLXVIIa. statt CCIXVIIa.



Druck der Friedr. Mauke'schen Officin in Jena.







– 11



